موسوعة الفقه والقضاء

المستشار
محمد عزمي البكري
رئيس محكمة الاستئناف

في القانون المدني

الحيازة والحقوق المتفرعة عن حق الملكية

المواد ٩٤٩ - ١٠٢٩





٩ ش سامى البارودى - باب الخلق - القاهرة
ت : ٣٩٦٠٤٤٣ - ٣٩٥٣٣٠١

موسوعة الفقه والقضاء

المستشار
محمد عزمي البكري
رئيس محكمة الاستئناف

في القانون المدني

{ الحيازة والحقوق المتفرعة عن حق الملكية }

الحيازة • دعوى استرداد الحيازة • دعوى منع التعرض • دعوى وقف الأعمال الجديدة • التقادم المكسب القصير والطويل • تملك المنقول بالحيازة • حق الانتفاع • حق الاستعمال • حق السكنى • حق الحكر • حقوق الارتفاق

المجلد الثامن عشر
المواد ٩٤٩ ـ ١٠٢٩



ش سامى البارودى باب الخلق القاهره

رقم الإيداع بدار الكتب المصرية

الترقيم الدولى

١٦٧٢٨/٢٠٠٦

977 - 400 - 045 -5



٢٣ ش رشدى عابدين - ٣٩٢٥٣٧٦



فَأَمَّا الزَّبَدُ فَيَذْهَبُ جُفَاءً وَأَمَّا

مَا يَنفَعُ النَّاسَ فَيَمْكُثُ فِي الأَرْض

صدق الله العظيم

٧ـ الحيـــازة
كـسب الحيـــازة وانتقالها وزوالها :

مـــادة (٩٤٩)

١- لاتقـوم الحـيازة على عمل يأتيه شخص على أنه مجرد رخصة من المباحات أو عمل يتحمله الغير على سبيل التسامح .

٢- وإذا اقترنت بإكراه أو حصلت خفية أو كان فيها لبس فلا يكون لها أثر قبل من وقع عليه الإكراه أو أخفيت عنه الحيازة أو التبس عليه أمرها، إلا من الوقت الذى تزول فيه هذه العيوب .

الشـــــرح

١ـ تعريف الحيازة :

كانــت المـــادة ١٣٩٨ مـــن المشروع التمهيدى للتقنين المدنى تعرف الحيازة بأنها :

"وضـــع مـــادى به يسيطر الشخص سيطرة فعلية على شىء يجوز التعامل فيه أو يستعمل بالفعل حقا من الحقوق " .

وجاء عنها بمذكرة المشروع التمهيدى :

" الحيازة هى سيطرة فعلية على شىء أو حق – فتجوز حيازة الحقوق العينية كحق الانتفاع وحق الارتفاق وحقوق الرهن المختلفة كما تجوز حيازة الحقوق الشخصية " .

وقـــد عدلت هذه المادة تعديلا لفظيا في لجنة الشئون التشريعية بمجلس النواب وأصبح نصها الآتى : " الحيازة وضع مادى يسيطر

بـــه الشخص سيطرة فعلية على شيء يجوز التعامل فيه أو يستعمل به حقا من الحقوق ".

وأثـــناء مناقشـــة هـــذه المادة في لجنة القانون المدنى بمجلس الشـــيوخ لقـــى هذا التعريف اعتراضامن رئيس اللجنة لأنه تعريف ناقص وينقصه ركن نية التملك إذ تناول الحيازة المادية فقط وترك الحـــيازة بنية التملك وقد أسفرت المناقشات عن حذف المادة اكتفاء بالتعريف المقرر للحيازة في الفقه ولأنها تتضمن تعريفا تغلب عليه الصبغة الفقهية ووافق المجلس على ذلك .

ويعرف الفقه الحيازة (La possession) بأنها سلطة فعلية أو واقعـــية يباشرها الحائز على شيء بقصد الظهور بمظهر المالك أو صاحب حق عينى آخر .

وهـــذه الســـلطة الفعلـــية في الحيازة قد تكون مستندة إلى حق يعترف به القانون للحائز ، وذلك حين يكون الحائز مالكا للشيء أو صاحب حق عينى آخر عليه . وقد لا تكون هذه السلطة مستندة إلى حق . فالحيازة ليست مزاولة لحق ، إذ ليس هناك تلازم حتمى بين الحيازة ووجود حق للحائز ، فهى تكون مزاولة لحق إذا كان للحائز حقـــيقة حـــق علـــى الشيء . ولكنها يصح أن توجد دون أن يكون للحائز أى حق ، حيث يعتبر كل من السارق والغاصب حائزا .

ومـــن هـــنا كانت الحيازة مجرد وضع فعلى أو واقعى . فهى تنطوى على مباشرة سلطة على الشيء كما لو كان الحائز صاحب حـــق علـــى هذا الشيء . ومن ثم فهى توجد وتنتج آثارها بصرف النظر عما إذا كان للحائز الحق في أن يباشر هذه السلطة على نحو ما فعل أم ليس له الحق في ذلك [١].

٢ـ النظرية الشخصية والنظريـــة المادية للحيازة :

كـــان تصوير الحيازة عند فقهاء الرومان واقعيا بحتا ، إذ كانوا يصـــورونها على أنها وضع اليد على شيء مادى بكيفية تؤدى إلى الاســـتئثار بـــه كلية ، بحيث يستطيع الحائز أن يستعمله ويهلكه أو يستهلكه .

ولمـــا كان هذا التصوير الواقعى لاينطبق إلا على حيازة المالك لما يملكه ، وكان مجال الحيازة أوسع من هذا النطاق الضيق الذى حصرت فيه ، فقد اضطر فقهاء الرومان إلى أن يعترفوا إلى جانب هـــذه الحيازة الكاملة بنوع آخر من الحيازة يقع على الأشياء لابنية الاســـتئثار بها ... بل لمجرد مباشرة حق معين عليها كحق الارتفاق.

---

(١) الدكـــتور عبد المنعم الصده حق الملكية الطبعة الثانية ١٩٦٤ ص ٥١٢ ومـــا بعدهـــا – الدكتور محمد على عرفه (شرح القانون المدنى) الجزء الـــثانى أســـباب كسب الملكية ١٩٥٥ ص ١٢٥ – الدكتور محمد وحيد الدين سوار شرح القانون المدنى الحقوق العينية الأصلية الطبعة الخامسة ١٩٩٢ – ١٩٩٣ ص ٥٩٩ .

ولكن حرصهم على نظرتهم الواقعية إلى الحيازة جعلهم ينعتون هذا النوع الملحق بالحيازة بأنه (شبه الحيازة quasi possession) للحيلولة دون امتزاجه بالحيازة الواقعية . وقد تأثر الفقية " بوتييه " بهذه التفرقة الرومانية ، فحرص على أن يبرزها في مؤلفه عن الحيازة بقوله إن الأشياء المعنوية (choses incorpore) لاترد على حيازة حقيقية ولايمكن أن تكون محلا إلا لشبه حيازة .

كما تأثر المشرع الفرنسى بدوره بهذه التفرقة التقليدية ، فسجلها عند التعريف بالحيازة في المادة ٢٢٢٨ من القانون المدنى بقوله "الحيازة هى وضع اليد على شىء أو الانتفاع بحق " ولكنه اكتفى بمجرد التنويه بهذه التفرقة ، فلم يجار فقهاء الرومان في التمييز بين الحيازة الحقيقية وشبه الحيازة ، بل سوى في الحكم بين حيازة الأشياء وحيازة الحقوق .

بيد أن هذه النظرية الرومانية لم تندثر وتختفى معالمها في الفقه الحديث ، فقد جعل منها العلامة " سافينى" نظرية خاصة تعرف في الفقه الحديث باسم النظرية الشخصية ذلك لأن عماد هذه النظرية هو ربط الحيازة بالإرادة البشرية ، إذ أن (سافينى) يرى أن العنصر المتسلط على وجود الحيازة الحقيقية هى " نية التملك" وميز بينها وبين " نية وضع اليد " وكلا الاصطلاحين من ابتكاره إذ لم يجر أيهما على ألسنة فقهاء الرومان . وهو يعنى بنية التملك

نـية الاستئثار بالشيء وهى عماد الحيازة الحقيقية ، أما نية وضع اليد فتنصرف إلى حيازة الشيء لحساب الغير ، ولا يمكن أن تؤسس عليها حيازة بالمعنى الحقيقى إلا أنه جابهت هذه النظرية التى تضيق من نطاق الحيازة إلى أبعد الحدود النظرية المادية التى نادى بها الفقيه الألمانى إيرنج (Ihering) . فهو يأبى على الإرادة الشخصية للحائز أن يكون لها الدور الأساسى في الحيازة . وليس معنى ذلك أنه ينكر دور الإرادة في هذا المجال ، إذ بدون إرادة تتجه إلى الحيازة لا تكون هناك حيازة ، ولذلك فإن السجين لايعتبر حائزا للأغلال التى تقيده . وإنما هو ينظر إلى إرادة الحائز على نحو آخر ، حيث يعتبرها داخلة في نطاق السلطة الواقعية التى يباشرها الحائز على الشيء . فعنده أن الحيازة تتوفر حيثما وجدت سلطة فعلية يباشرها الحائز بإرادته على الشيء . وإذا كان علينا أن نميز بين الحيازة الحقيقية التى يعمل فيها الحائز لحساب نفسه والحيازة العرضية التى يعمل فيها الحائز لحساب غيره ، فإن ذلك مرده إلى اختلاف سبب الحيازة ، إذ قد ينبئ هذا السبب بأن الحائز يعمل لحساب غيره ، كأن يكون مثلا عقد إيجار أو عقد عارية ، وهو مع ذلك لايعتبر عنصرا أصيلا في الحيازة ، وإن كان من شأنه في حالة ثبوته أن تنتفى الحيازة الحقيقية ونصبح بصدد حيازة عرضية . لذلك فإنه إذا لم يسلم صاحب الشأن بأن الحيازة عرضية

وجـب علـى القاضى أن يعتبر الحيازة حقيقية على أساس الوضع الواقعـى الظاهـر إلى أن يقوم الدليل على خلاف ذلك . ومن هنا جاءت تسمية هذه النظرية بالنظرية المادية .

فطبقاً للنظرية الشخصية لاتقوم الحيازة إلا إذا كان الحائز يعمل لحسـاب نفسه ، بمعنى أنه يباشر سلطته على الشيء بقصد الظهور بمظهـر المـالك له أو صاحب حق عينى آخر عليه . أما النظرية الماديـة فتسلم بقيام الحيازة مادامت هناك سلطة فعلية على الشيء، سواء كان الحائز يباشر هذه السلطة لحساب نفسه بالمعنى المذكور أم كان يباشرها لحساب غيره وإن كان يفيد من الحيازة . فلا يخرج مـن نطـاق الحيازة سوى الحيازة التبعية ، وهى التى فيها يباشر الحائـز سلطته على الشيء لحساب غيره دون أن يفيد من الحيازة كما هو الحال بالنسبة إلى الخادم والسائق .

ويلاحظ أن الخلاف بين هاتين النظريتين تقتصر أهميته على ما إذا كانـت الحماية القانونية بمقتضى دعاوى الحيازة تشمل الحيازة العرضية . فأصحاب النظرية الشخصية يقصرون هذه الحماية على الحـيازة الحقيقية التى يعمل فيها الحائز لحساب نفسه ، بينما يرى أصـحاب الـنظرية الماديـة أن هـذه الحماية تشمل أيضا الحيازة العرضية .

أمـــا فـــيما يتعلق بالآثار التى تترتب على الحيازة ، سواء كان ذلـــك مـــن حيث كسب الحق العينى أم من حيث تملك الثمار ، فلا خـــلاف في شأنها ، إذ لا جدال في أن هذه الآثار لايمكن أن تترتب على الحيازة العرضية .

وقـــد أخـــذت الشـــرائع الجرمانية بالنظرية المادية في الحيازة كالتقنيـــن الألمانى والتقنين السويسرى . أما الشرائع اللاتينية وعلى الأخص القانون الفرنسى فتأخذ بالنظرية الشخصية (١).

٣ـ اتجـاه التقنين المدنى الجـديد :

اختلفـــت الآراء فـــي تحديد اتجاه التقنين المدنى الجديد ، نحو الـــنظرية الشخصية والنظرية المادية وانقسمت إلى عدة آراء على النحو التالى (٢).

---

(١) محمـــد على عرفه ص ١١٩ ومابعدها – عبد المنعم الصده ص ٥١٥ وما بعدها .

(٢) أخـــذت المجموعة المدنية الملغاة فقد اعتنقت النظرية الشخصية في الحيازة من حيث استلزامها وجود الركن المعنوى في الحيازة القانونية . ولهذا لم تكن تحمى هذه المجموعة الحائزين العرضيين كالمستأجر والمستعير ومن إليهم . فمثل هؤلاء لم يكن لهم حق في استعمال دعاوى الحيازة (راجع المـــادة ٢٩ مـــن قـــانون المـــرافعات القديم) – (الدكتور عبد المنعم البدراوى حق الملكية ١٩٧٨ ص ٤٣٠ وما بعدها) .

الـــرأى الأول :

يذهب إلى أن التقنين المدنى الجديد اعتنق النظرية الشخصية ، فالحـــيازة فيه تقوم أساسا على (نية التملك) ، مع التوسع في مفهوم هذا الاصطلاح بحيث تنبسط على تملك أى حق من الحقوق العينية الأصـــلية . فالحيازة في هذا القانون لا ترد على الحقوق الشخصية ولا علـــى الحقوق العينية التبعية ، بدليل أن المشرع تكلم عنها في الكـــتاب الثالث من القسم الثانى المخصص للحقوق العينية الأصلية فمجالهـــا هى هذه الحقوق وحدها ومن ثم فإن الحماية التى شرعها القـــانون للحـــيازة لاتنبسط إلا على هذه الحقوق ، فلا تمتد إلى ما عداها إلا باستثناء بنص صريح في القانون ، كما هو الحال بالنسبة إلـــى المســـتأجر . وهذا الرأى هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء في مصر (١).

---

(١) محمـــد على عرفه ص ١٢٥- الدكتور منصور مصطفى منصور حق الملكـــية فـــي القـــانون المدنى المصرى ١٩٦٥ ص ٣٧٧ ومابعدها - الدكـــتور عبد المنعم البدراوى حق الملكية ١٩٧٨ ص ٤٣٠ ومابعدها- الدكـــتور محمد على عمران الحقوق العينية الأصلية في القانون المدنى المصـــرى ص ١٧٢ وممـــا بعدها - الدكتور أحمد أبو الوفا المرافعات المدنية والتجارية الطبعة الخامسة عشرة ١٩٩٠ص ١٤٦ هامش (١)- الدكـــتور رمـــزى ســـيف الوســـيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية الطبعة الثامنة ص ١٥٢ .

ويسوق هذا الرأى تأييدا لرأيه الأسانيد الآتية :

١- أن النص الذى كان واردا في مشروع التقنين المدنى والذى كـــان يغلب في تعريف الحيازة الناحية المادية قد حذف في مجلس الشيوخ .

وكـــان هـــذا الـــنص يعرف الحيازة بأنها : " وضع مادى به يســـيطر الشـــخص ســـيطرة فعلية على شىء يجوز التعامل فيه أو يســـتعمل بالفعل حقا من الحقوق " . وقد قيل تبريرا لهذا الحذف أنه تعريف ناقص وينقصه ركن نية التملك إذ تناول الحيازة المادية فقط وترك الحيازة بنية التملك . وقالت لجنة القانون المدنى في تقريرها إن النص قد حذف لأنه يتضمن تعريفا تغلب عليه الصبغة الفقهية . ولـــو كـــان المشـــرع المصرى قد أراد اعتناق النظرية المادية في الحيازة لكان من الواجب إبقاء مثل هذا التعريف إظهارا لهذا الاتجاه الجديد ، فالانتهاء إلى حذفه يدل ولاشك على الرغبة في عدم إثارة أى شك حول تمسك المشرع المصرى بالنظرية الشخصية .

٢- أن المشرع لم يجز للحائز بالنيابة عن غيره إلا رفع دعوى واحدة من دعاوى الحيازة هى دعوى استرداد الحيازة . وهو عندما أراد إعطاءه هذه الدعوى حرص على النص على ذلك صراحة في الفقـــرة الثانية من المادة ٩٥٨ . ويفهم من هذا أن من يحوز الشىء نيابة عن الغير ليس له دعاوى الحيازة الأخرى ، بل إنه أعطى هذه

الدعـوى علـى سبيل الاستثناء . ومن جهة أخرى لو أن المشرع يكـتفى لحماية الحيازة بمجرد السيطرة المادية لما كان بحاجة إلى مثل هذا النص .

٣- أن المشـرع قـد نـص صراحة في المادة ٥٧٥ على أن للمستأجر رفع دعاوى الحيازة .

ولو كانت حماية المستأجر بهذه الدعاوى تطبيقا لقاعدة عامة لما حـرص على النص عليها . ثم أنه لم يورد مثل هذا النص بالنسبة لسائر الحائزين العرضيين .

٤- إن المشـرع لـو أراد الخـروج على النظرية الشخصية واعتـناق الـنظرية الماديـة في الحيازة لنص على ذلك صراحة ولأورد نصوصـا قاطعة في هذا المعنى ، ولما ترك الأمر لاجتهاد الفقهاء واستنباطهم . إن التحول من النظرية الشخصية للحيازة إلى الـنظرية الماديـة هـو تحـول خطير لايجوز لنا أن نستنتجه من النصـوص القانونـية إلا إذا كانـت هذه النصوص قاطعة في هذا المعنى .

والواقـع أن التشريع المصرى لم يتضمن مثل هذه النصوص ، ولـم يـنقل مقـابلا للنصـوص الـواردة في التشريعين الألمانى والسويسـرى ، وعلـى الخصـوص نص للمادة ٨٦٨ من التقنين المدنى الألمانى الذى يقرر أنه " إذا حاز شخص شيئا بصفته منتفعا

أو دائـــنا مرتهنا رهن حيازة أو مزارعا أو مستأجرا أو مودعا لديه أو بـــناء على أى سند مشابه يخوله حقا أو يفرض عليه التزاما في مواجهـــة الغير بحيازة الشيء مؤقتا ، كان هذا الأخير حائزا أيضا" ونـــص المادة ٩٢٠ من القانون المدنى السويسرى التيتقرر أنه "إذا ســلم الحائـــز الشيء إلى الغير ليخوله عليه حق انتفاع أو رهن أو حــيازة أو حقا شخصيا ، كان لكل منهم الحيازة" . فهذان النصان صـــريحان كمـــا هـــو واضح في اعتبار كل من يحوز شيئا بقصد استعمال حق عينى أو حق شخصى حائزا .

٥- ثـــم إن المشـــرع عـــندما يطلق لفظ الحيازة يريد الحيازة القانونية لا مجرد الحيازة المادية . من ذلك نص المادة ١٩٦٣ التى تـــنص علـــى أنه : " إذا تنازع أشخاص متعددون على حيازة حق واحـــد اعتـــبر بصفة مؤقتة أن حائزه هو من له الحيازة المادية " . ففى هذا النص مقابلة بين الحيازة القانونية والحيازة المادية ، ثم إن نص المادة ٩٥٣ يستفاد منه أن الحيازة يجب أن تكون مقترنة بنية اســـتعمال حـــق علـــى الشيء ، فهى تقرر أنه " يجوز أن يتم نقل الحـــيازة دون تسلم مادى إذا استمر الحائز واضعا يده لحساب من يخلفه ، أو استمر الخلف واضعا يده ولكن لحساب نفسه ".

٦- لايمكـــن التمســـك بنص المادة ٩٥٦ التى تقرر أن الحيازة تزول إذا تخلى الحائز عن سيطرته الفعلية على الحق أو إذا فقد هذه

السيطرة بأى طريقة أخرى " ، لأن هذا النص يشير إلى سبب من أسـباب فقـد الحيازة ، وهو فقد أحد ركنيها وهو الركن المادى ، فالحيازة تزول إما بفقد الركن المادى أو الركن المعنوى أو الركنين معـا . ولـيس من شأن هذا النص أن يدل على أن المشرع جعل السيطرة المادية هى مناط الحيازة ، بل هى ركن فيها فقط .

الرأى الثانى :

يذهـب هذا الرأى إلى أن التقنين المدنى الجديد يأخذ بالنظرية المادية ، وآية ذلك ما يأتى :

١- أن الـتعريف الـذى كان قد صدر به مشروع هذا القانون بـاب الحيازة ثم استغنت عنه لجنة مجلس الشيوخ ، كان مقتبساً من الفقـرة الأولـى من المادة ٨٥٤ من القانون الألمانى ونصه : " إن الحـيازة وضع مادى يسيطر به الشخص سيطرة فعلية على شىء يجوز التعامل فيه أو يستعمل به حقاً من الحقوق " . وهذا التعريف يفـرق بين صورتين للحيازة : (أ) وضع مادى يسيطر به الشخص سـيطرة فعلية على شىء . (ب) وضع مادى يستعمل به الشخص حقاً من الحقوق . والصورة الثانية تتطلب لحماية الحيازة العنصرين المـادى والمعنوى ، أما في الصورة الأولى ، حيث يعرف المشرع الحـيازة بأنها " وضع مادى يسيطر به الشخص سيطرة فعلية على شـىء " فقد اكتفى – لحماية الحيازة – بالعنصر المادى دون ذكر

للعنصـــر المعـــنوى ، أو اعتـــبار لنية الحائز. والمستأجر ومرتهن العقار رهناً حيازياً إذ كان كلاهما يسيطر على العقار سيطرة فعلية كسيطرة المالك سواء بسواء ، فهما في نظره إذن حائزان يستحقان الحماية القانونية .

ولا يقـــال بـــأن هذا التعريف لا يدل على اتجاه القانون الجديد لكونـــه لم يرد في نصوصه النهائية ، ذلك لأنه إذا كان قد استغنى عـــنه فقد علل ذلك بأنه تعريف تغلب عليه الصبغة الفقهية ، ثم إن ســـائر مـــواد الحـــيازة التى كانت في المشروع وجاءت تحت هذا التعريف مستوحية روحه لم يطرأ عليها تعديل ما .

٢- وقد أفصحت المذكرة التفسيرية عن هذا المعنى أيضاً عندما قررت أنه يجوز حيازة الحقوق العينية كحق الانتفاع وحق الارتفاق وحقـــوق الرهن المختلفة كما تجوز حيازة الحقوق الشخصية ، فإن هذا قاطع في الدلالة على أنه حائز الحق .

٣- نص المادة ٩٥٦ من هذا القانون على أنه " تزول الحيازة إذا تخلـــى الحائـــز عـــن سيطرته الفعلية على الحق أو إذا فقد هذه الســـيطرة بأى طريقة أخرى " . وهذا النص فضلاً عن أنه مقتبس مـــن المادة ٨٥٦ من القانون المدنى الألمانى فإنه يعلق فقد الحيازة على فقد السيطرة المادية على المال أو على الحق موضوع الحيازة أى أنه يجعل السيطرة المادية هى مناط الحيازة، وهذا يوضح أخذه بتلك النظرية .

٤- نـص المادة ٥٧٥ من القانون سحور على أن للمستأجر الحـق في أن يرفع باسمه على المتعرض جميع دعاوى الحيازة . ومعـناه أن القـانون المدنى الجديد يحمى حيازة المستأجر بدعاوى الحـيازة . ولاشك في أن حيازة المستأجر هى حيازة مادية صرف لأنـه إنمـا يسـكن المنزل أو يزرع الأرض دون أن تقوم به نية امتلاك العقار أو محاولة الظهور بمظهر المالك له .

ولا يمنع من ذلك أن هذا النص قد ورد بالنسبة للمستأجر دون سـائر الحائزين العرضيين (الماديين) فإنه - في نظرأصحاب هذا الـرأى - أحـد تطبيقات نظرية الحيازة المادية . ويسرى بالنسبة لجمـيع الحائزيـن العرضـيين كـالمودع لديـه والمرتهن حيازياً والحارس ، فلهؤلاء جميعاً مباشرة دعاوى الحيازة بجميع أنواعها .

وممـا يؤكـد أن هذه هى القاعدة التى أخذ بها القانون المدنى الجديـد أن المادة ٩٥٨ من القانون المدنى (فقرة ثانية) قضت بأنه يجـوز أن يسـترد الحيازة من كان حائزا بالنيابة عن غيره ، فهى بذلـك تولـى الحائـز العرضى الحق في مباشرة دعوى استرداد الحيازة (١).

---

(١) الدكتور عبد المنعم الشرقاوى شرح المرافعات المدنية والتجارية الجزء الأول الطبعة الثانية ١٩٥٦ ص ٩٨ وما بعدها .

الرأى الثالث :

يذهب هذا الرأى إلى أن الشارع لم ينحاز إلى جانب أى من النظريتين الشخصية والمادية . بل اتخذ موقفا وسطا بينهما .

فالشارع لم ينحاز إلى جانب النظرية الشخصية في الحيازة ، بدليل أنه يأخذ من النظرية المادية بنصيب يعتد به كما سنرى الآن.

كذلك لم ينحاز الشارع إلى جانب النظرية المادية . ذلك أن المادة ١٣٩٨ من المشروع التمهيدى كانت تعرف الحيازة على النحو الآتى : " الحيازة وضع مادى به يسيطر الشخص سيطرة فعلية على شيء يجوز التعامل فيه أو يستعمل بالفعل حقا من الحقوق" . وهذه المادة مقتبسة من المادة ٩١٩ من التقنين السويسرى الذى يأخذ بالنظرية المادية . ولما عرض هذا التعريف على لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ لقى اعتراضا فحواه أنه تعريف ينقصه ركن نية التملك ، إذ تناول الحيازة المادية فقط وترك الحيازة بنية التملك ، وانتهى الأمر إلى أن رأت اللجنة حذف هذه المادة لأنها تتضمن تعريفا تغلب عليه الصبغة الفقهية . وفضلا عن ذلك فلو أن الشارع كان يريد الانحياز إلى جانب النظرية المادية لأتى في ذلك بنصوص عامة صريحة على غرار ما ورد في التقنين الألمانى والسويسرى. بل إن المسلك الذى سلكه الشارع، إذ قرر حماية الحيازة العرضية في حالات معينة بمقتضى نصوص

خاصـــة كما سنفصل الآن يدل دلالة واضحة على أنه لم يرد الأخذ بالنظرية المادية بصورة تامة . هذا إلى أنه يستفاد من النصوص أن الشـــارع حيـــنما يطلق لفظ "الحيازة " إنما يريد الحيازة القانونية ، وحيـــنما يقصد الحيازة العرضية يعبر عنها بطريقة أخرى ، حيث عـــبر عـــن الحيازة العرضية في المادة ٩٦٣ مدنى بأنها " الحيازة الماديـــة "، وعبر عن الحائز العرضى في المادة ٢/٩٥٨ مدنى بأنه "مـــن كـــان حائـــزا بالنيابة عن غيره " . وقد استعمل الشارع لفظ "الحـــيازة " بإطلاق سواء في كلامه عن الحيازة المؤدية إلى كسب الحق أم في كلامه عن دعاوى الحيازة .

وإنمـــا اتخذ الشارع موقفا وسطا بين النظريتين . حيث قنن ما كـــان يجرى عليه القضاء في مصر وفى فرنسا من تخويل الحائز العرضـــى دعوى استرداد الحيازة . فنصت المادة ٩٥٨ فقرة ثانية مدنى في هذا المعنى على أنه : " يجوز أيضا أن يسترد الحيازة من كـــان حائزا بالنيابة عن غيره " . ويلاحظ أن لفظ النيابة لم يرد في الـــنص بمعناه الفنى الدقيق ، لأن النيابة لاتكون إلا في التصرفات القانونـــية ، بينما الحيازة عمل مادى. وإنما يقصد الشارع من كان حائـــزا لحساب غيره ، وهو الحائز العرضى . ولهذا عبر عنه في الترجمة الفرنسية لهذا النص في مشروع التنقيح بما يأتى : (celui qui possède pour autrui) . وفضـــلا عـــن ذلـــك فقد خول

الشـــارع ، بمقتضى المادة ٥٧٥ فقرة أولى مدنى ، المستأجر الحق في أن يرفع جميع دعاوى الحيازة [١].

ويتضـــح من هذا أن الشارع خول الحائز العرضى ، أيا كان ، أهـــم دعـــوى من دعاوى الحيازة ، وهى دعوى استرداد الحيازة . كمـــا خول أهم حائز عرضى في الحياة العملية ، وهو المستأجر ، جمـــيع دعـــاوى الحيازة . وهذا القدر الذى لايستهان به من حالات الحـــيازة العرضـــية جعلنا لانقتنع بقول إن الشارع لايحمى الحيازة العرضية بدعاوى الحيازة إلا على سبيل الاستثناء ، وإنما آثرنا أن نقول إنه اتخذ موقفا وسطا بين النظريتين .

ويخلص مما تقدم أن الحائز العرضى ، فيما عدا المستأجر ، لا يكـــون له أن يـــرفع دعوى منع التعرض ولا دعوى وقف الأعمال الجديـــدة . فهـــذا هـــو الـــنطاق الذى لا يأخذ فيه الشارع بالنظرية المادية.

الرأى الرابع :

يذهـــب هذا الرأى إلى أن التقنين المدنى الجديد ، ولو أنه أخذ مـــن حيـــث المـــبدأ بالنظرية الشخصية فأوجب لقيام الحيازة توافر العنصـــر المعـــنوى وهـــو عنصر القصد أى نية استعمال حق من الحقـــوق . فقد تأثراً كبيرا بالنظرية المادية . فمد الحيازة آخذا بهذه

---

(١) عبد المنعم الصده ص ٥١٦ ومابعدها .

النظرية إلى الحقوق الشخصية ، ولم يقصرها على الحقوق العينية كما قصرتها النظرية الشخصية . وأخذ بأهم تطبيق عملى للنظرية المادية ، إذ حمى حيازة المستأجر بجميع دعاوى الحيازة في المادة ٥٧٥/١ منه ، فأقر بذلك حيازة الشخص لحساب غيره وجعلها حماية بالمعنى الصحيح ، تحمى بجميع دعاوى الحيازة ، وميز في الوقت ذاته ، في الحيازة لحساب الغير ، وبين الحيازة بالمعنى الصحيح كحيازة المستأجر ، ومجرد الإحراز المادى كما هو الأمر في حيازة الخدم والأتباع لحساب مخدوميهم ومتبوعيهم ، وذلك في المادة ٩٥١ منه ، وقد أخذ في ذلك بالنظرية المادية [(١)]- ويستطرد هذا الرأى في بيان تفصيلاته أن المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد قد أخذ مبدئيا بالنظرية الشخصية ، ولكنه وسعها بأن استعار من النظرية المادية أهم نتائجها وهى امتداد الحيازة إلى الحقوق الشخصية وعدم اقتصارها على الحقوق العينية . ورتب على هذه النتيجة أهم تطبيق عملى ، وهو اعتبار المستأجر حائزا لحقه الشخصى ، وحمى حيازته هذه بجميع دعاوى الحيازة . والدليل على ذلك ما يأتى :

---

(١) الدكتور عبد الرزاق السنهورى الوسيط في شرح القانون المدنى الجزء التاسع المجلد الثانى الطبعة الثانية ١٩٩٣ - الدكتور حسام الدين الأهوانى الحقوق العينية الأصلية ص ٢٤٠ .

أولاً : كان المشروع التمهيدى يتضمن نصا ، هو المادة ١٣٩٨ مـــنه ، يعرف الحيازة على الوجه الآتى : " الحيازة وضع مادى به يســيطر الشــخص سيطرة فعلية على شىء يجوز التعامل فيه ، أو يســتعمل بــالفعل حقــا مــن الحقــوق " . وبالرجوع إلى المذكرة الإيضــاحية للمشــروع التمهــيدى نجــد أن هذا النص مقتبس من المادتين ٩١٩ و ٩٢٠ من التقنين المدنى السويسرى ، وهما مادتان مــتأثرتان إلــى حــد بعيد جدا بالنظرية المادية . والعبارة الأخيرة الواردة في نص المشروع التمهيدى ، وهى " أو يستعمل بالفعل حقا مــن الحقوق " قصدها بها استعمال أى حق ، سواء كان هذا الحق عينــيا أو شخصــيا ، جــريا علــى نهــج نصوص التقنين المدنى السويســرى ســالفة الذكــر . ويقطع في ذلك ما ورد في المذكرة الايضــاحية للمشروع التمهيدى في خصوص المادة ١٣٩٨ المشار إلــيها : " الحــيازة هــى سيطرة فعلية على شىء أو حق . فتجوز حــيازة الحقوق العينية كحق الانتفاع وحق الارتفاق وحقوق الرهن المخــتلفة ، كما تجوز حيازة الحقوق الشخصية "[١]. فالمادة ١٣٩٨ مــن المشروع التمهيدى قد مدت إذن الحيازة إلى الحقوق الشخصية ولم تقصُرها على الحقوق العينية ، متأثرة في ذلك بالنظرية المادية للحيازة التى تأثرت بها نصوص التقنين المدنى السويسرى ، ما في

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جــ٦ ص ٤٥٠ .

ذلــك مــن ريــب (١). ولكن يبدو أن المشروع التمهيدى لم يرد أن يعتــنق الــنظرية المادية اعتناقا تاما وأن يهجر النظرية الشخصية، فــإن المذكرة الإيضاحية لهذا المشروع ، بعد أن ذكرت أن الحيازة تمتد إلى الحقوق الشخصية وعددت شروط الحيازة، قالت ما يأتى : "وللحيازة، بعد توافر شروطها عنصران عنصر مادى هو السيطرة الماديــة ، وعنصر معنوى هو نية استعمال حق من الحقوق " (٢). وفــى هــذا القول إشارة واضحة إلى النظرية الشخصية ، وتعريف للعنصر المعنوى للحيازة على النحو الذى تعرفه به هذا النظرية(٣).

---

(١) وممــا يقطــع فــي أن المشروع التمهيدى قد أراد أن يمد الحيازة إلى الحقــوق الشخصية أن مشروع المادة ٩٦٤ مدنى كان يشتمل على فقرة ثانــية تجرى على الوجه الآتى " وإذا أدعى الحائز أن حيازته تقوم على حــق غير الملكية ، شخصيا كان أو عينياً ، اعتبرت الحيازة قرينة على وجــود هذا الحق . ولكن لايجوز للحائز أن يحتج بهذه القرينة على من تلقــى مــنه الحــيازة " . وقد حذفت هذه الفقرة في لجنة مجلس الشيوخ "اكتفاء بالقواعد العامة " (مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٦ ص ٤٨٣ -٤٨٤) . ولاشــك فــي أن هذا النص ، لو استبقى ، لكان يصبح دليلا قاطعــا علــى أن الحيازة ، كما تتناول الحقوق العينية ، تتناول الحقوق الشخصية. وهو على كل حال لم يحذف إلا لاكتفاء بالقواعد العامة ، فلم ترد لجنة مجلس الشيوخ بحذفه أن ترفض ما ورد فيه من الأحكام .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٦ ص ٤٥١.

(٣) ويقطــع فــي استبقاء المشروع التمهيدى لعنصر القصد في الحيازة أن المشــروع التمهــيدى للمادة ٩٦٣ مدنى جرى على الوجه الآتى : " إذا تــنازع أشــخاص متعددون على حيازة شيء واحد، اعتبر حائزا بصفة

ثانــياً : بقــى المشــروع التمهيدى متأثرا بالنظرية المادية في الحــيازة ، فاعتــبر الحيازة لحساب الغير كحيازة المستأجر حيازة صــحيحة (possession) كمــا تقضى بذلك النظرية المادية ، ولم يعتــبرها مجــرد إحــراز (detention) كما تقضى بذلك النظرية الشخصــية. ولــم يستثن من ذلك إلا حيازة الخدم والعمال والأتباع الذيــن يأتمرون بأوامر مخدوميهم ومتبوعيهم ، فاعتبر هذه الحيازة مجــرد إحــراز وهذا ما تقضى به النظرية المادية في الحيازة كما رأينا [١]. وقد نصت المادة ١٤٠١ من المشروع التمهيدى ، وهى مقتبســة من المادة ٨٥٥ مدنى ألمانى المتأثرة بالنظرية المادية على هذا الحكم فيما يأتى : " لاتدوم الحيازة حتى لو باشرها باسم الحائز شــخص آخر ، وكان منه بمكان التابع بحيث يكون ملزما أن يمتثل

مؤقــتة من كانت له الحيازة المادية ، إلا إذا كان واضحا أنه قد حصل علــى هــذه الحــيازة من غيره بطريقة معينة " . وهذا النص يقرر في وضــوح أن الحيازة المادية المجردة من عنصر القصد ليست إلا قرينة علــى الحــيازة القانونــية المقترنة بعنصر القصد ، فتكون الحيازة إذن مشــتملة على عنصرين ، عنصر الحيازة المادية وعنصر القصد . وقد استبقى هذا النص بعد تعديلات لفظية غير ذات بال ، في التقنين المدنى الجديــد كما سنرى (أنظر ما يلى ص ٨١٥ هامش ٢) – لستبقاؤه دليل علــى أن الحــيازة الماديــة في هذا التقنين ليست إلا مجرد قرينة على الحيازة القانونية أى الحيازة المقترنة بعنصر القصد.

(١) أنظر آنفا فقرة ٢٦٦ .

لأوامره فيما يتعلق بالشيء أو الحق الذى ترد عليه الحيازة " . وقد أشير في المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى إلى المقابلة ما بين الخادم والمستأجر ، فالمستأجر بخلاف الخادم يحوز حقه الشخصى لحساب نفسه، وقد ورد في هذا الصدد: " ويتبين من ذلك أن المستأجر يحوز لنفسه حقه كمستأجر، ويحوز للمالك حق الملكية" (١).

ثالثا : وأبلغ أثر للنظرية المادية في المشروع التمهيدى هو ترتيب هذا المشروع على اعتبار حيازة المستأجر حيازة صحيحة (possession) لا مجرد احراز (détention) نتيجته المنطقية ، وهى حماية حيازة المستأجر لحقهِ الشخصى بجميع دعاوى الحيازة . فظهر بوضوح أن المشروع التمهيدى قد مد الحيازة إلى الحقوق الشخصية ولم يقصرها على الحقوق العينية ، أخذا في ذلك بالنظرية المادية للحيازة . وقد نصت المادة ١/٧٧٤ من المشروع في هذا الخصوص على ما يأتى : " لايضمن المؤجر للمستأجر التعرض المادى إذا صدر من أجنبى ، ما دام التعرض لايدعى حقا ، وهذا دون إخلال بما للمستأجر من حق في أن يقاضى باسمه المتعرض مطالبا بالتعويض ، وبما له من حق في أن يرفع باسمه جميع دعاوى وضع اليد " (٢).

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٦ ص ٤٥٥ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٤ ص ٥١٥ .

ويستخلص مما تقدم أن المشروع التمهيدى قد مزج ما بين النظريتين الشخصية والمادية للحيازة ، فاستبقى من النظرية الشخصية العنصر المعنوى للحيازة وهو عنصر القصد أى نية استعمال حق من الحقوق، وأخذ من النظرية المادية التوسع في نطاق الحيازة ومدها إلى الحقوق الشخصية وعدم قصرها على الحقوق العينية . فهل بقيت الحال على ما كانت عليه في المشروع التمهيدى عندما أصبح هذا المشروع تقنينا مدنيا وتشريعا معمولا به؟ لننظر ماذا صارت إليه النصوص الثلاثة التى أسلفنا ذكرها في المشروع التمهيدى ، لنرى هل بقيت على حالها في التقنين المدنى الجديد ، فنستخلص من ذلك موقف هذا التقنين من النظريتين الشخصية والمادية :

١- ففيما يتعلق بالنص الأول (م ١٣٩٨ من المشروع التمهيدى) وهو النص الخاص بتعريف الحيازة ، سار النص في مراحله التشريعية حتى وصل إلى لجنة مجلس الشيوخ ، فلقى اعتراضا " لأنه تعريف ناقص ، وينقصه ركن التملك إذ تناول الحيازة المادية فقط ، وترك الحيازة بنية التملك . وقد آثار هذا الاعتراض مناقشة طويلة ، رؤى بعدها حذف النص لأن ذلك أنسب من الوجهة التشريعية " . وقررت اللجنة حذف النص " اكتفاء بالتعريف المقرر للحيازة في الفقه " ، وورد في تقريرها : " رأت

للجـنة حـذف هذه المادة لأنها تتضمن تعريفا تغلب عليه الصبغة الفقهـية " [1]. ويخلـص من ذلك أن مناقشة أعضاء اللجنة كانت تدور حول عدم ذكر العنصر المعنوى وهو نية التملك في التعريف، إذ كان التعريف لا يذكر السيطرة المادية أى العنصر المادى ، فكان أقرب إلى الأخذ بالنظرية المادية . ولما طالت المناقشة ، ولم يتغلب رأى علـى آخر ، لا الرأى المتشبع بالنظرية الشخصية تشبعا تاما ولا الـرأى الـذى يميل إلى الأخذ بالنظرية المادية ، حذف النص وتـرك الأمـر للفقه يقول رأيه فيه . وعلى ذلك لايعتبر حذف هذا الـنص دليلا على استبقاء النظرية الشخصية في الحيازة ، ولا هو دليل على الأخذ بالنظرية المادية بل أن الأمر في ذلك متروك للفقه.

٢- وفيما يتعلق بنص المادة ١/١٤٠١ من المشروع التمهيدى وهـو الـنص الخـاص بحيازة الخدم والاتباع لحساب مخدوميهم ومتبوعـيهم وباعتـبار هـذه الحيازة مجرد احراز مادى لا حيازة بالمعـنى الصحيح ، اقتصر على تعديل النص تعديلا لفظيا في لجنة المـراجعة . وفـى لجنة مجلس الشيوخ تناقش الأعضاء طويلا في ورود الحـيازة على الشىء دون الحق ، فقال بعض بأن الحيازة قد تـرد على الشىء دون الحق ، وقال بعض آخر بأن الحيازة في كل

---

(١) مجموعةالأعمال التحضيرية جـ٦ ص ٤٤٨ – ص٤٤٩ في الهامش – وأنظر آنفا فقرة ٢٥١ .

صــورها تكون على الحق وبأن حيازة الشيء ليست ألا حيازة حق الملكـية على هذا الشيء . وقد لقى هذا الرأى الأخير موافقة أغلبية اللجـنة ، فحذفت كلمة " الشيء" التى تصاحب كلمة " الحق" اكتفاء بالكلمــة الأخيرة (١). ويلاحظ أن هذه هى الخطة التى اتبعت دائما حيـث ذكـرت كلمة " الشيء" سابقة على كلمة " الحق" ، فإن كلمة "الشيء" ليست إلا حيازة حق الملكية ، ولم يكن حذف كلمة "الشيء" سـببه استبعاد النظرية المادية والأخذ بالنظرية الشخصية كما ذهب بعض الفقهاء ، ويستخلص من بقاء نص المشروع التمهيدى كما هو – فـيما عدا بعض تعديلات لفظية – في التقنين المدنى الجديد في المادة ٩٥١ منه ، أن هذا التقنين قد أخذ بالنظرية المادية فيما يتعلق بالتميـيز فـي الحيازة لحساب الغير بين الحيازة بالمعنى الصحيح (possession) كحــيازة صاحب حق الانتفاع وحيازة المستأجر ، وبين مجرد الاحراز المادى (détention) كحيازة الخدم والأتباع. ونرى من ذلك أن التقنين المدنى الجديد قد بقى يحمل آثار النظرية المادية في الأخذ ببعض مبادئها .

٣- وفـيما يتعلق بنص المادة ١/٧٧٤ من المشروع التمهيدى، وهــى الخاصــة بحق المستأجر وأن حيازته تحمى بجميع دعاوى الحــيازة ، اســتبقى النص كما هو- فيما عدا بعض تعديلات لفظية

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٦ ص ٤٥٣- ٤٥٦ .

أجرتها لجنة المراجعة– في التقنين المدنى الجديد في المادة ١/٥٧٥ منه . ويستخلص من بقاء هذا النص في التقنين المدنى الجديد أن هذا التقنين قد أخذ بأهم تطبيق عملى للنظرية المادية ، حيث أعطى للمستأجر جميع دعاوى الحيازة لحماية حيازته ، فمد بذلك الحيازة إلى الحقوق الشخصية ولم يقصرها على الحقوق العينية ، وقد تأثر في ذلك تأثرا ظاهرا بالنظرية المادية (١).

وقد قضت محكمة النقض بأن القانون المدنى اعتبر المستأجر حائزا تحميه جميع دعاوى الحيازة وطبقت المادة ١/٥٨٧ من القانون المدنى هذا الحكم تطبيقاً صحيحا في صدد التعرض المادى الصادر من الغير ، فأجازت للمستأجر أن يرفع باسمه على المتعرض جميع دعاوى الحيازة سواء كان تعرض الغير له ماديا أو تعرضا مبنيا على سبب قانونى (٢).

ويستخلص من كل ما تقدم أن التقنين المدنى الجديد ، ولو أنه أخذ من حيث المبدأ بالنظرية الشخصية فأوجب لقيام الحيازة توافر العنصر المعنوى وهو عنصر القصد أى نية استعمال حق من

---

(١) أنظر في ذلك الوسيط الجزء السادس ، الطبعة الثانية المنقحة ، المجلد الأول فقرة ٢٧١ ص ٤٧٦– ص ٤٧٧ وفقرة ٢٨٢ ص ٤٩٨ .

(٢) نقض مدنى في أول يناير سنة ١٩٨١ مجموعة أحكام النقض السنة ٣٢ رقم ٢٠ صفحة ٨٩ .

الحقوق[١] قد تأثر تأثرا كبيرا بالنظرية المادية . فمد الحيازة ، أخذا بهـذه النظرية ، إلى الحقوق الشخصية ، ولم يقصرها على الحقوق العينـية كما قصرتها النظرية الشخصية . وأخذ بأهم تطبيق عملى للـنظرية المادية ، إذ حمى حيازة المستأجر بجميع دعاوى الحيازة فـي المادة ١/٥٧٥ منه ، فأقر بذلك حيازة الشخص لحساب غيره وجعلهـا حمايـة بالمعـنى الصحيح (possession) تحمى بجميع دعاوى الحيازة ، وميز في الوقت ذاته ، في الحيازة لحساب الغير ، بيـن الحيازة بالمعنى الصحيح كحيازة المستأجر ، ومجرد الاحراز المـادى (détention) كمـا هـو الأمر في حيازة الخدم والأتباع لحسـاب مخدومـيهم ومتبوعيهم ، وذلك في المادة ٩٥١ منه ، وقد أخذ في ذلك بالنظرية المادية [٢].

---

(١) ويدل على ذلك أن المادة ٩٦٣ مدنى قابلت ما بين الحيازة المشتملة على عنصر نية استعمال الحق ومجرد الحيازة المادية ، حين نصت على أنه "إذا تنازع أشخاص متعددون على حيازة حق واحد ، اعتبر بصفة مؤقتة أن حائـزع هو من له الحيازة المادية ، إلا إذا ظهر أنه قد حصل على هـذه الحيازة بطريقة معينة " . أنظر في هذا المعنى أحمد أبو الوفا في المـرافعات المدنـية والتجارية ص ١٢٣ – عبد المنعم البدراوى فقرة ٤٨٧ ص ٥٠١ .

(٢) وإذا كانـت محكمـة النقض قد قضت بأنه يجب توافر نية التملك لمن يبتغي حماية يده بدعاوى الحيازة فلا تكفى حيازة عرضية ، أما ما أباحه القـانون المدنى في المادة ٥٧٥ للمستأجر وهو حائز عرضى من رفع دعاوى الحيازة فإنما جاء استثناء من الأصل لاتطبيقا لمبدأ عام ، وذلك

وهذا الرأى الأخير هو الرأى الذى نرى الأخذ به .

٤ـ نتائج التفرقة بين الحيازة القانونية والحيازة العرضية :

يترتب على التفرقة بين الحيازة القانونية (possession) والحيازة العرضية أو المادية (détention) ما يأتى :

١- الحيازة القانونية هى وحدها التى تحميها دعاوى الحيازة ولايستثنى من هذا إلا المستأجر ، وذلك بالنص الصريح (م٥٧٥).

٢- لايستطيع الحائز المادى مهما طالت حيازته أن يتملك العين بالتقادم أو يكتسب لنفسه على الشىء أى حق من الحقوق العينية الأخرى . فالمستأجر مهما طالت مدة وضع يده على العين المؤجرة

لمركز المستأجر من اعتبار خاص دون سائر الحائزين العرضيين كالحارس والمرتهن حيازيا والمودع لديه (نقض مدنى ١٢ أبريل سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٧٠ ص ٥١٧ – وأنظر أيضا نقض مدنى ٢٣ يناير سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ٩ ص ١٠٦) – فإن حكمها هذا يستوقف النظر . ذلك بأن المستأجر لاتحميه دعاوى الحيازة في حق الملكية ، لأنه حائز عرضى بالنسبة إلى هذا الحق. وإنما تحميه هذه الدعاوى في حقه كمستأجر ، لأنه فيه حائز أصيل . فهو إذن لم يجئ استثناء من الأصل كما تقول محكمة النقض ، بل جاء تطبيقا للمبدأ العام الذى يقضى بحماية الحائز الأصيل دون الحائز العرضى . وكذلك يجب أن يعامل المرتهن حيازة ، فهو حائز عرضى بالنسبة إلى حق الملكية فلا تحمى حيازته لهذا الحق وهو حائز أصيل بالنسبة إلى حق الرهن فيحمى باعتباره حائزا لهذا الحق .

لايستطيع أن يتملكها ، ذلك أن الحائز العرضي يحوز دائما بناء على سند يعتبر منه إقرارا متجددا ومستمرا بحق المالك على الشيء.

٣- لايستطيع الحائز العرضي للمنقول أن يتمسك بقاعدة الحيازة في المنقول سندا لملكية أو سندا لحق [١].

٥ـ الحكمة من حماية الحيازة :

(أ) إذا كان الحائز هو المالك :

الحكمة من حماية الحيازة إذا كان الحائز مالكا حقيقيا للشيء، أن المالك لايتمتع بالحماية القانونية المقررة له إلا إذا أثبت ملكيته، وإثبات الملكية لا يكون بالأمر السهل في كثير من الأحيان . ففى مجال ملكية المنقول يستلزم إثبات الملكية توافر الدليل عليها ، كعقد الشراء أو واقعة الميراث أو غير ذلك . وإلزام المالك بالاحتفاظ بدليل ملكيته ينطوى على إرهاق للناس يعوق سرعة المعاملات ، نظرا لكثرة ما يمتلكه الشخص عادة من منقولات ، ولأن الكثير منها يكون ضئيل القيمة . ولهذا فإن اعتبار الحيازة قرينة على الملكية ييسر على المالك إثبات ملكيته ويرفع عنه عناء الاحتفاظ بإيصالات الشراء .

(١) عبد المنعم البدراوى ص ٤٣٥ .

وفى مجال ملكية العقار ، فبالرغم من وجود نظام التسجيل إلا أنـــه أحيانا لا يتيسر إثبات الملكية إذا تسلسلت العقود غير المسجلة وصـــعب الحصول على ملكية مسجلة للبائع . كما أن نظام الشهر الشخصـــى لا يقدم الوسيلة السهلة والميسرة للتمتع بالحماية القانونية إما لتشابه الأسماء أو صعوبة الاستدلال على العقد المسجل . ولهذا فـــإن اعتـــبار الحيازة قرينة على الملكية يقدم ميزة هامة للمالك في مجال إثبات حقه في الملكية . فالحيازة تعتبر المظهر الخارجى لحق الملكـــية ومن ثم فإن حمايتها يعتبر بمثابة الخط الأمامى للدفاع عن الملكية وحمايتها [١].

(ب) إذا كان الحائز شخصا غير المالك :

إذا كـــان الحائز شخصا آخر غير المالك فهناك اعتبارات هامة تـــبرر حماية الحيازة حتى ولو تعارضت لأول وهلة مع مقتضيات العدالـــة ، فالمسألة تتعلق حينئذ بالمصلحة الأولى بالرعاية ويتمثل ذلك فيما يأتى :

١- اعتـــبارات الأمـــن واســـتقرار النظام في المجتمع . فهذه الاعتـــبارات تقتضــــى بـــدون شك احترام الحالات الواقعية وعدم التعرض لها بما يكدر صفوها ، إذ لو أبيح لكل من يدعى حقا على

---

(١) حســام الدين الأهوانى ص ٢٢٠ وما بعدها – أحمد أبو الوفا ص ١٤٧ ومابعدها .

شــيء موجــود في حيازة غيره ، أن ينزع هذا الشيء من حائزه بالقوة ، لأدى ذلك إلى الفوضى والاضطراب في المجتمع .

ولذا فإن القانون يحمى الحائز ولو لم يكن مرتكزا على حق فى حــيازته . وتكون حماية الحائز الغاصب فى الصورة الأخيرة ثمنا لاستقرار التعامل . على أن هذه الحماية تبقى حماية مؤقتة ، أى أن مدعــى الحق العينى ، إذا نجح فى دعواه ، كما لو تمكن من إثبات حقــه على الشيء ، فعندئذ يستطيع أن يجبر الحائز على رده ، وله الاستعانة بالسلطة العامة ، عند الاقتضاء (١).

٢- اعتــبار اقتصـــادى يتصل بالمصلحة الاقتصادية للجماعة. فالمـــالك الذى لا يحوز ما يملكه يكون قد أهمله وترك أمواله دون اســتثمار لا يــدر إنــتاجا وهــذا الموقف يعتبر ضارا من الناحية الاقتصادية وفي نفس الوقت فإن الحائز يتسم بالنشاط حيث يستعمل الشئ ويستغله اقتصاديا وإذا كان من شأن الحيازة أن تخوله الملكية فــأن اهــتمامه بالشــئ سيكون كبيرا وهذا يعتبر مفيدا من الناحية الاقتصادية .

ومــن ثم فى مجال المفاضلة بين المالك والحائز فإن المصلحة الاقتصادية العليا تستوجب تفضيل من يحسن استغلال الشئ ويدعم

---

(١) منصــور مصطفى منصور ص ٣٦٨- محمد وحيد الدين سوار ص ٦٠٢ .

الإنتاج أى من يستعمل الشئ استعمالا اجتماعيا نافعا. ولكن يلاحظ أن ذلــك لايصلح إلا إذا كانت الحيازة لا تعطى للحائز حقا إلا بعد مرور مدة معينة يتم التأكد خلالها من نشاط الحائز وإهمال المالك. أما إذا كانت الحيازة تؤدى فورا لاكتساب الحق فإن تلك الحجة تقل أهميتها إلى حد كبير .

وعلــى هــذا فــإن المحافظة على استقرار المعاملات يستلزم تفضــيل الوضــع القــائم على إعادة الحال الى ما كانت علية قبل الحيازة .

ولكن المشرع فى الوقت الذى راعى فيه هذه الاعتبارات ، لم يغفــل ضــرورة ألا تكون حماية الحيازة مدخلا إلى إقرار الغصب خصوصــا إذا كــان الحائــز ليس المالك الحقيقى . ولهذا حرص المشرع على مراعاة قواعد الأخلاق والمبادئ الدينية قدر الإمكان ، عند تنظيمه لشروط وآثار الحيازة كما سنرى [١].

٦ـ مجـال الحيـازة :

المقصــود بمجــال الحــيازة ، الشيء الذى يمكن أن ترد عليه الحيازة .

---

(١) حسام الدين الأهوانى ص ٢٢٢ وما بعدها – عبد المنعم الصده ص ٥١٤.

وهــناك عدة شروط يجب توافرها فى الأموال والحقوق العينية العقارية التى يصح أن تكون محلا للحيازة ، ويمكن بالتالى حمايتها بدعاوى الحيازة وتملكها بالتقادم .

وهذه الشروط تخلص فيما يلى :

١- أن يكون من الجائز التعامل فيه قانونا .

أمـــا الأمـــوال الخارجة عن التعامل فلا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها وبالتالى لاتصلح أن تكون محلا لدعاوى وضع اليد .

٢- أن تكون قابلة للحيازة المادية بحيث يمكن وضع اليد عليها بصفة ظاهرة . وعلى ذلك لايصح أن يكون حق الرهن التأمينى أو حق الاختصاص محلا لدعاوى اليد .

٣- أن تكون قابلة لأن تكسب بالتقادم [1].

ونبيــن فــيما يلى الأموال والحقوق التى يصح أن تكون محلا لدعاوى اليد . وما لا يصح منها أن يكون محلا للدعاوى المذكورة.

٧ـ أولاً : الأمــوال العامة :

لا تــرد الحــيازة علـــى الأمـــوال العامـــة ، وهى العقارات والمـــنقولات[2] الـــتى تملكها الدولة والأشخاص الاعتبارية العامة ، والـــتى تكـــون مخصصة لمنفعة عامة بالفعل أو بمقتضى قانون أو

---

(١) المستشار محمد عبد اللطيف ص ٣٠٨ .

(٢) غير أن المنقولات – كما سنرى – لاتخضع للحماية بدعاوى الحيازة .

مرســـوم أو قرار من الوزير المختص (م ٨٧/١ مدنى) . لأن هذه الأمـــوال لا يجوز التصرف فيها أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم (م٨٧/٢ مدنى) .

وقد قضت محكمة النقض بــأن :

١- " المقـــرر في قضاء هذه المحكمة أن الأماكن المخصصة للعـــبادة والبر والإحسان والتى تقوم الدولة بإدارة شئونها والصرف عليها من أموالها ، والمبانى المخصصة للمقابر - الجبانات - تعتبر مـــن أملاك الدولة العامة - إذ أن الغرض الذى من أجله خصصت الجـــبانات للمنفعة العامة ليس بمقصور على الدفن وحده بل يشمل حفـــظ رفـــات الموتى بعد دفنهم وينبنى على ذلك أنها لاتفقد صفتها العامـــة بمجرد إبطال الدفن فيها مادامت قد خصصت للدفن وأعدت لهـــذا الغـــرض ومن ثم فلا يجوز تملكها بوضع اليد عليها إلا بعد زوال تخصيصها لما أعدت له وإندثار معالمها وآثارها " .

(طعن رقم ٢٥٢٢ لسنة ٦١ ق جلسة ١٩٩٦/٣/٣)

٢- لمـــا كان البين مما حصله الحكم المطعون فيه ومن سائر الأوراق وتقريـــر الخبـــير المندوب في الدعوى والذى اتخذه أساساً لقضـــائه أن عقـــار التداعى وقف خيرى مكون من ضريح " سيدى الكـــرمانى " به رفاته وملحق به مدرسة لتحفيظ القرآن الكريم كانت تخضع لإشراف وزارة المعارف ثم وزارة التربية والتعليم وأن هذا

الضريح وما يتبعه من وقف بطبيعته تابع لإدارة الأضرحة والمدافن بوزارة الأوقاف وأن المدعيات لايجوز لهن تملك العقار مهما طال وضــع يدهن عليه وحيازتهن له لكونه وقفاً ومن ثم فإنه كان يتعين على الحكم أن يعرض لشروط وضع اليد ومنها قابلية العقار للتملك بالتقادم ويتحقق عما إذا كان من أملاك الدولة العامة أو أنه قد زال تخصيصــه للمنفعة العامة ودخل في نطاق الأموال الجائز اكتسابها بالــتقادم لمــا كان ما تقدم وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا الــنظر وقضى بثبوت ملكية المطعون عليهن الأربعة الأول لأعيان الــتداعى جمــيعها على مجرد قوله إنه توافرت لهن شروط كسب ملكــية أعيان الوقف بوضع اليد مدة ثلاث وثلاثين سنة سابقة على صــدور القــانون رقــم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ المعدل للمادة ٩٧٠ من القانون المدنى ودون أن يتحقق من هذه الأمور جميعاً خاصة ما إذا كــان الضــريح قد انتهى إعداده كمقبرة لصاحبه وزال تخصيصه ومــدى خضوع هذه الأعيان لإشراف الدولة في إدارتها والصرف علــيها فإنه يكون معيباً بالقصور الذى أدى به إلى الخطأ في تطبيق القانون بما يوجب نقضه ".

(طعن رقم ٢٥٢٢ لسنة ٦١ ق جلسة ١٩٩٦/٣/٣)

٣- "ينبغى لمن يستهدف حماية وضع يده بدعوى منع التعرض أن تــتوافر لديه نية التملك باعتبارها ركنا أساسياً في هذه الدعوى

يمـيزها عن دعوى استرداد الحيازة . ولازم ذلك أن يكون العقار مما يجوز تملكه بالتقادم أى ليس من الأموال العامة التى لايصح أن تكـون محلا لحق خاص، أو من الأموال الخاصة المملوكة للدولة، أو للأشـخاص الاعتـبارية العامة ، أو للوحدات الاقتصادية التابعة للمؤسسـات العامـة أو الهيئات العامة وشركات القطاع العام غير الـتابعة لأيهمـا ، أو للأوقاف الخيرية التى منع المشرع تملكها أو كسـب أى حق عينى عليها بالتقادم عملاً بالمادة ٩٧٠ من القانون المدنى المعدلة بالقوانين أرقام ١٤٧ لسنة ١٩٥٧، ٣٩ لسنة ١٩٥٩، ٥٥ لسـنة ١٩٧٠ ما لم يثبت أن طالب الحماية كسب الحق العينى قبل نفاذها. كذلك فإن النص في المادة الثانية من القانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٨١ بشأن الأراضى الصحراوية المستبدلة بالمادتين الثانية والثامـنة مـن القـانون رقـم ٧ لسنة ١٩٩١ بشأن بعض الأحكام المتعلقة بأملاك الدولة الخاصة على تخويل رئيس الجمهورية سلطة تحديـد المناطق الاستراتيجية ذات الأهمية العسكرية من الأراضى الصـحراوية الـتى لايجوز تملكها ، ووضع القواعد الخاصة بهذه المـناطق ، وفى المادة العاشرة من القانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٨١ علـى حظـر وضع اليد أو التعدى على تلك الأراضى، وعلى أن يكون لوزير الدفاع سلطة إزالته بالطريق الإدارى بالنسبة للأراضى الـتى تشـغلها القوات المسلحة كمناطق عسكرية – لازمه وجوب

تحقــق المحكمـــة من طبيعة الأرض التى رفعت بشأنها دعوى منع التعرض أو استرداد الحيازة فإذا ثبت لها أنها من الأموال العامة أو مــن الأموال الخاصة السالف ذكرها أو من الأراضى الصحراوية الــتى لايجــوز تملكهــا أو وضـــع اليد عليها - قضت بعدم قبول الدعوى، وإذا ثبت لها أنها لاتندرج في أى منها فصلت في الدعوى تاركه للخصوم المنازعة في الملك فيما بعد " .

(طعن رقم ٧٥ لسنة ٧١ ق جلسة ٢٠٠٣/٦/٢٤- لم ينشر بعد)

ويترتب على ذلك أنه لايجوز لواضع اليد على عين مخصصة للمــنفعة العامـــة أن يرفع عنها دعوى حيازة . أما إذا كانت صفة العين المدعى بأنها من المنافع العامة متنازعا فيها وكان هذا النزاع جديــا ، جـــاز لواضـــع اليد أن يرفع الدعوى والمحكمة تقره على وضـــع يده مؤقتا متى تبين لها جدية هذا النزاع إلى أن يصدر حكم مـــن محكمة الموضوع في أصل الحق ، أما إذا تبين لها عدم جدية النزاع وجب عليها أن تحكم بعدم قبول دعوى وضع اليد .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" إذا كانـــت المحكمـــة فـــي دعـــوى منع التعرض قد حصلت تحصـــيلا سائغا من الأدلة التى ساقتها في حكمها ومن المعاينة التى أجـــرتها بنفسها أن الأرض المتنازع على حيازتها ما زالت تستعمل جـــرنا عمومـــيا ، وأنهـــا بذلك تعد من المنافع العامة التى لايجوز

تملكهـــا بوضـــع الـــيد ، كـــان حكمها بعدم قبول دعوى وضع اليد المرفوعة بشأنها صحيحا قانونا . ثم إن تحرى المحكمة من المعاينة ومـــن المســـتندات مـــا إذا كـــان العقار المرفوع بشأنه دعوى منع الـــتعرض ملكا عاما أم لا ، ليس فيه جمع بين دعوى اليد والملك، لأن المقصود به هو أن تستبين حقيقة وضع اليد إن كان يخول رفع دعـــوى اليد أم لا ، حتى إذا رأت الأمر واضحا في أن العقار من الملك العام وأن النزاع بشأنه غير جدى قبلت الدفع وإلا فصلت في دعـــوى منع التعرض تاركة للخصوم المنازعة في الملك فيما بعد . كمـــا أن قضاءها في هذا المقام المؤسس على أن العقار من المنافع العامة لا يمكن أن يعد حاسما للنزاع في الملك " .

(طعن رقم ٤١ لسنة ١٣ ق جلسة ١٩٤٤/٣/٩)

وتصـــرف الدولـــة والأشـــخاص الاعتبارية العامة في الأموال العامـــة لانـــتفاع الأفـــراد بها لا يكون إلا على سبيل الترخيص ، والترخـــيص بطبيعـــته مؤقت غير ملزم للسلطة المرخصة التى لها دائمـــا لدواعـــى المصلحة الحق في إلغائه والرجوع فيه قبل حلول أجله. وهذا الترخيص لا يكون بموجب عقد إيجار مدنى بل بموجب عقد إدارى تسرى عليه أحكام القانون الإدارى [1].

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إن تصـــرف الســـلطة الإدارية في الأملاك العامة لانتفاع الأفراد بها لايكون إلا على سبيل الترخيص " concession" . والترخيص بطبيعته

مؤقــت غير ملزم للسلطة المرخصة التى لها دائما ، لدواعى المصلحة العامـــة ، الحق في إلغائه والرجوع فيه قبل حلول أجله . ثم هو – عدا ذلــك – خاضع لحكم الشروط والقيود الواردة فيه . وإعطاء الترخيص ورفضـــه والرجوع فيه – كل أولئك أعمال إدارية بحكم القانون العام . ثـــم إن كون الترخيص يصدر في مقابل رسم يدفع لايخرجه عن طبيعته تلك ولايجعله عقد إيجار " .

(طعن رقم ١١٠ لسنة ١١٣ ق جلسة ١٩٤٤/١١/٢٣)

٢- من المقرر في قضاء محكمة النقض ، أن تصرف السلطة الإدارية في الأمـــوال العامة لانتفاع الأفراد بها لا يكون إلا على سبيل الترخيص ، وهذا يعتبر بذاته ، وبطبيعته مؤقتا ، وغير ملزم للسلطة العامة التى لها دائما لدواعى المصلحة العامة الحق في إلغائه ، والرجوع فيه قبل حلول أجله ، ثم هو – عدا ذلك – خاضع لحكم الشروط والقيود الواردة فيه ، وإعطـــاء الترخـــيص ورفضه والرجوع فيه ، كل أولئك أعمال إدارية يحكمهـــا القـــانون العـــام ، وكون الترخيص يصرف مقابل رسم يدفع لايخرجه عن طبيعته تلك ولا يجعله عقد إيجار ".

(طعن رقم ٢٠٢ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧٢/٣/١٤)

٣- " الأموال العامة . ماهيتها . م ٧٨ مدنى . الأموال المخصصة بالفعل أو بمقتضى قانون أو قرار جمهورى أو وزارى للمنفعة العامة . التصرف فيها يكون بطريق الترخيص المؤقت " .

(طعن رقم ٥٨٢٩ لسنة ٦٣ ق جلسة ٢٠٠١/١/٧ – لم ينشر بعد)

٤- " ثـــبوت أن العقـــار الكائـــنة بـــه عين النزاع غير مخصص بالفعل أو بمقتضــــى قانون أو قرار للمنفعة العامة وأن المطعون ضده يشغل العين كمســـكن خاص وتخصم منه الأجرة طبقاً للقيمة الإيجارية المحددة قبل مجلس مدينة أسوان . مؤداه . خضوع العلاقة الإيجارية لأحكام القانون الخـــاص لورودها على مال خاص للجامعة . أثره . انعقاد الاختصاص

ومـــن أمثلة الترخيص الإدارى : الترخيص بالانتفاع بأرصفة الطـــرق أو بالكبائـــن المقامـــة علـــى شواطئ البحار أو باستغلال الأســـواق العامـــة أو مقاصف السكك الحديدية أو مقاصف الكليات الجامعية .

٨ـ حالات يجوز فيها حماية الحائز العرضي للأموال العامة بدعاوى الحيازة :

يصـــح أن تكـــون الأمـــوال العامة محلا لدعاوى الحيازة في حالتين:

١- إذا كانت الدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة هى رافعة دعوى الحيازة بقصد حماية المال العام لأنها هى وحدها التى تملك التحدث عن هذا المال .

وإن كـــان يغنى هذه الجهات عن دعاوى الحيازة الحق المخول لها في حالة حصول التعدى على أموالها في إزالته إداريا بحسب ما تقتضيه المصلحة العامة (م ٣/٩٧٠ مدنى) .

٢- إذا كـــان المرخص له بالانتفاع بالمال العام قد تعرض له الغـــير بقصـــد منع انتفاعه بهذا المال ، لأن المرخص له بالانتفاع بجزء من هذا المال له نوع من الحيازة تخول له الاحتماء بدعاوى الحيازة ضد كل من يتعرض له من الأفراد في الانتفاع بهذا المال.

بنظر المنازعة لجهة القضاء العادى دون القضاء الإدارى . التزام الحكم المطعون فيه ذلك . لاخطأ " .

(طعن رقم ٥٨٢٩ لسنة ٦٣ ق جلسة ٢٠٠١/١/٧- لم ينشر بعد)

إلا أنه لايجوز للمرخص له رفع دعاوى الحيازة ضد الدولة أو الأشـــخاص الاعتبارية العامة إذا منعته من الانتفاع قبل انقضاء مدة الترخـــيص لأن هذا التراخيص – كما ذكرنا سلفا – مؤقتة ويجوز للجهـــة المرخصـــة الحق دائما لدواعى المصلحة العامة في إلغائها والرجوع فيها قبل حلول أجلها (١).

٩ـ ثانياً : أموال الدولة الخاصة والأوقاف الخيرية :

الأمـــوال الخاصـــة المملوكـــة للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامـــة وكذلك أموال الوحدات الاقتصادية التابعة للمؤسسات العامة أو الهيئات العامة وشركات القطاع العام غير التابعة لأيهما لاتصح حيازتها ، لأنها رغم قابليتها لأن تكون محلا لملكية خاصة لايجوز تملكها أو كسب أى حق عينى عليها بالتقادم . إذ تنص المادة ٩٧٠ من القانون المدنى (معدلة بالقوانين ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ ، ٣٠٩ لسنة ١٩٥٩ ، ٥٥ لســـنة ١٩٧٠) على أن :" في جميع الأحوال لاتكسب حقوق الإرث بالتقادم إلا إذا دامت الحيازة مدة ثلاث وثلاثين سنة .

ولايجـــوز تملك الأموال الخاصة المملوكة للدولة أو للأشخاص الاعتـــبارية العامـــة وكذلـــك أمـــوال الوحدات الاقتصادية التابعة للمؤسســـات العامـــة أو للهيئات العامة وشركات القطاع العام غير الـــتابعة لأيهما والأوقاف الخيرية أو كسب أى حق عينى على هذه

---

(١) السنهورى ص ١٠٧٦ – المستشار محمد عبد اللطيف ص ٣١٠.

الأموال بالتقادم ولايجوز التعدى على الأموال المشار إليها بالفقرة السابقة وفى حالة حصول التعدى يكون للوزير المختص حق إزالته إداريا " .

وسنعرض لهذه المادة بالشرح تفصيلا فىموضعها من الكتاب . (أنظر شرح المادة المذكورة)

١٠ـ ثالثا : المحتكر :

يجـوز للمحتكر أن يتذرع بدعاوى الوضع لأن له حق القرار على الأرض المحكرة .

١١ـ رابعاً : العقارات بالتخصيص :

إذا كـان المـالك قـد خصص منقولا لخدمة عقاره ، اعتبر المنقول عقارا بالتخصيص، ومن ثم تجوز حمايته بدعاوى اليد متى كان متصلا بالعقار . أما إذا زالت عن المنقول هذه الصفة وانفصل عن العقار فتعود إليه طبيعته الأولى وبذلك تطبق قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية .

١٢ـ خامساً : الارتفاقات الظاهرة :

تـنص المادة ٢/١٠١٦ مدنى على أنه : " لايكسب بالتقادم إلا الارتفاقات الظاهرة بما فيها حق المرور " .

وبذلك يجوز اكتساب الارتفاقات الظاهرة كافة بالتقادم .

ولـم يسـاير القـانون المدنى المصرى القانون الفرنسى الذى يوجـب لاكتسـاب الارتفاقات الظاهرة بالتقادم أن تتوافر فيها صفة

الاستمرار. والارتفاق الظاهر ، هو ارتفاق ينبئ عن وجوده أعمال خارجـية كـباب أو نـافذة أو مجـرى ، أى له علامة ظاهرة أما الارتفاقـات غير الظاهرة وهى التى ليست لها علامة خارجية تنم عن وجوده ، كالارتفاق بعدم البناء أو الارتفاق بعدم تعلية البناء إلى أزيد من حد معين ، فلا يجوز تملكه بالتقادم .

وسنعرض لذلك تفصيلا عند دراسة التقادم المكسب .

١٣ـ سادساً : المجموع من المـال :

المجمـوع من المال هو ما يطلق عليه المجموعات القانونية ، مثل مجموع أموال التركة، والمتجر . فالمجموعة باعتبارها كلا له كـيانه المسـتقل عـن العناصر التى يتكون منها ، تعد شيئا معنويا لاترد عليه الحيازة .

١٤ـ سابعاً : الحقـوق المعنويـة :

لاتـرد الحـيازة علـى الحقوق المعنوية ، أى الملكية المعنوية والـتى تـرد على شيء غير مادى يكون ثمرة الفكر أو الخيال أو النشـاط كحق المؤلف في مؤلفاته العلمية وحق الفنان في مبتكراته الفنية وحق المخترع في مخترعاته الصناعية وحق التاجر في الاسم التجارى والعلامة التجارية وثقة العملاء [١].

---

(١) الدكـتور عبد المنعم البدراوى حق الملكية ١٩٧٨ ص ٤٤٤ – منصور مصطفى منصور ص ٣٧١ – عبد المنعم الصده ص ٥٢٣.

وإنمـــا تقتصـــر على الأشياء المادية وحدها ، سواء كانت هذه الأشـــياء مـــن المـــنقولات أو من العقارات . وقصر الحيازة على الأشياء المادية هو الرأى السائـــد في الفقه (١).

ويـــبرر البعض ذلك بأن الأشياء المادية هى التى يمكن التسلط عليها تسلطا ماديا (٢).

ويبررها البعض الآخر بأن الحيازة تقتصر على الحقوق العينية وهى لاترد إلا على الأشيـــاء المادية (٣).

١٥ـ ثامناً : الحقوق العينية والحقوق الشخصية :

لاترد الحيازة إلا على الحقوق العينية التى ترد على شىء مادى يجوز التعامل فيه لأنها هى التى يمكن التسلط عليها تسلطا ماديا .

والحـــيازة ترد على الحقوق العينية الأصلية كحق الملكية وحق الانتفاع وحق الاستعمال وحق السكنى . كما أنه يصح أن ترد على الحقـــوق العينـــية التبعية التى تستلزم حيازة شىء معين . فالرهن الحـــيازى قـــابل للحيازة لأنه يفترض أن صاحب الحق يحوز شيئا معينا بقصد استعمال حق عينى عليه . ويترتب على ذلك أن الرهن الصـــادر مـــن غير مالك يصح أن يؤدى إلى اكتساب الرهن على

---

(١) منصور مصطفى منصور ص ٣٧١ – عبد المنعم الصده ص ٥٢٤ – محمد على عرفه ص ١٢٤ – عبد المنعم البدراوى ص ٤٤٤ .

(٢) عبد المنعم البدراوى ص ٤٤٤ .

(٣) عبد المنعم الصده ص ٥٢٤ .

الشـــيء بمضى المدة (أى التقادم) . كما أنه إذا رهن منقول مملوك للغــير جــاز للدائن المرتهن إذا كان حسن النية أن يحتج باكتساب الرهن تطبيقا لقاعدة الحيازة في المنقول سند الحق (م ٢/١١١٨) . ولهذا أيضا نصت المادة (٢/١١١٨) على أن : " الأحكام المتعلقة بالآثـــار الـــتى تترتب على حيازة المنقولات المادية والسندات التى لحاملها تسرى على رهن المنقول " .

أما أصحاب الرهن التأمينى وحق الامتياز وحق الاختصاص فلا تكون لهم حيازة الشيء المادية ، ومن ثم لايعتبرون حائزين (١).

وبنبــنى علـــى مـــا تقدم أيضا أن الحيازة لاترد على الحقوق الشخصـــية ، فلا يعتبر حائزا من يسيطر على شيء مادى سيطرة فعلية بمقتضى سند يخوله على الشيء حقا شخصيا فقط ، ولهذا فإن الحائـــز العرضـــى كالمستأجر ، لايعتبر حائزا قانونيا إذا أن العقد المـــبرم بيـــنه وبين صاحب الحق العينى على الشيء ينفى عنه هذا الوصف، وإنما يكون مجرد حائز عرضى . وإذا كان القانون يخول

---

(١) عـــبد المـــنعم البـــبدراوى ص ٤٤٣ وما بعدها – المستشار محمد عبد اللطيف ص ٣١٧ – محمد كامل مرسى ص ٧٠- رمضان أبو السعود ص ٣٧٤ – عكـــس ذلك محمد على عرفه ص ١٢٥ ، وهو يستند إلى معـــيار شكلى ، هو أن المشرع تكلم عن الحيازة في الكتاب الثالث من القسم الثانى المخصص للحقوق العينية الأصلية فمجالها هو هذه الحقوق وحدها .

الحائــز العرضى دعوى استرداد الحيازة ، ويخول للمستأجر جميع دعــاوى الحيازة، فإن هذا لايعنى أن الحيازة الحقيقية يصح أن ترد علــى الحــق الشخصـــى ، وإنمــا يتعلق الأمر بحماية مؤقتة لدفع الاعــتداء ، بدلــيل أن الحائــز العرضى لايكسب الحق الشخصى بالــتقادم ، وأنه لو قام نزاع بين الحائز العرضى والشخصى الذى يعمل لحسابه فلا يجوز للحائز أن يرفع دعوى حيازة ، وإنما يتعين أن يكــون النزاع على أساس العقد المبرم بينهما . وأحيانا يستعمل الشارع لفظ الحيازة بالنسبة إلى الحقوق الشخصية حيث تنص المادة ٣٣٣ مدنـــى على أن الوفاء لشخص غير الدائن لايبرئ ذمة المدين إلا فـــي حــالات معينة منها إذا " تم الوفاء بحسن نية لشخص كان الدين في حيازته" غير أن لفظ الحيازة هنا لا يؤخذ بمعناه الفنى ، إذ يــراد بــه المظهر الذى يتوفر في أوضاع قانونية معينة على غير الحقــيقة فيقع في روع الناس أنه حقيقى ويتعاملون بحسن نية على مقتضـــاه . فحائز الدين يقصد به الدائن الظاهر ، كالوارث الظاهر بالنسبة إلى ما كان للمتوفى من ديون . ولهذا فإن حيازة الدين بهذا المعــنى لايترتــب علــيها أى من الآثار التى تترتب على الحيازة الحقيقــية . ويســتثنى من ذلك الدين الثابت في سند لحامله . حيث يعتبر الدين أنه قد اندمج في السند ، فيكون حائز السند حائزا للدين الثابــت فــيه بالمعنى الفنى ، ومن ثم تنطبق عليه أحكام الحيازة ،

وأهمهـا فـي هـذا الخصوص القاعدة التى تقضى بأن الحيازة في المـنقول سند الحائز. وقد نصت المادة ٩٧٦ مدنى في هذا المعنى على أن " من حاز بسبب صحيح ... سندا لحامله فإنه يصبح مالكا له إذا كان حسن النية وقت حيازته "(١).

١٦ـ تاسعا : الحصة الشائعة :

يمكن أن تقع الحيازة على الحصة الشائعة في مال شائع ، كما تقع على الحصة المفرزة . فيمكن أن تقع الحيازة على حصة رمزية بحيـث تـتجه نـية الحائـز إلى تملك هذه الحصة شائعة مع بقية الحائزين . ولذلك استقر القضاء على أن الحيازة القانونية تقع على

---

(١) عـبد المنعم الصده ص ٥٢١ وما بعدها – محمد وحيد الدين سوار ص ٦٠٤ – عـبد المـنعم البدرلوى ص ٤٤٣ – حسام الدين الأهوانى ص ٢٢٣– رمضـان أبـو السعود ص ٣٧٣ – الدكتور محمد كامل مرسى الملكـية والحقـوق العينية الجزء الخامس التقادم أو مضى المدة ١٣٦١ هـ – ١٩٤٢م ص ٧٠– وقـارن الدكتور السنهورى الوسيط الجزء الأول الطـبعة الثانـية ١٩٦٤ ص ١١٨ هامش (١) . فيذهب إلى أنه لايوجد سبب فنى يمنع من كسب الحق الشخصى بالتقادم . ولكن لما كان ذلـك لاتـتحقق فائدته العملية إلا نادرا ، فقد أغفلته الصياغة القانونية ، وهـى لـم تغفل في الوقت ذاته ما ظهرت الحاجة إليه من ذلك نظرية الوارث الظاهر في الوفـاء بحسن نية لشخص كـان الدين في حيازته (م٣٣٣ مدنـى) – وأيضا مذكرة المشروع التمهيدى للتقنين المدنى عن المادة ٩٤٩ فقد جاء بها. "الحيازة هى سيطرة فعلية على شىء أو حق – فتجوز حيازة الحقوق العينية كحق الانتفاع وحق الارتفاق" .

الحصــة الشائعة كما تقع على النصيب المفرز . فإذا حاز شخصان أو أكــثر أرضا على الشيوع ، فإن الحيازة تثبت لكل منهما وتكون منــتجة لآثارها القانونية ويصح أن تكون الحصة الشائعة محلا لأن يحوزهــا حائــز على التخصيص والانفراد بنية تملكها ، ولايحول دون ذلــك أن تجــتمع يد الحائز مع يد مالك العقار بما يؤدى إلى المخالطة بينهما ، إذ أن هذه المخالطة ليست عيبا في ذاتها وسنرى أن هذه الحيازة تؤدى إلى كسب الملكية بالتقادم .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- "الحصــة الشائعة كالنصيب المفرز يصح كلاهما – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن يكون محلا لأن يحوزه حائز علــى وجــه التخصيص والانفراد ولا فارق بينهما إلا من حيث أن الحائــز للنصــيب المفرز تكون يده بريئه من المخالطة. أما حائز الحصــة الشائعة فيده بحكم الشيوع تخالط يد غيره من المشتاعين. وليســت هذه المخالطة عيبا في ذاتها . وإنما العيب فيما ينشأ عنها مــن غمــوض وإيهام . فإذا انتفت واستقرت الحيازة على مناهضة حق باقى المالكين ومناقضتهم بما لايترك مجالا لشبهة الغموض أو مظــنة التسامح ، فإن الحيازة تصلح عندئذ لأن تكون أساسا لتملك الحصة الشائعة بالتقادم" .

(طعن رقم ١٣٣ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧٠/٦/٩)

٢- الحصة الشائعة – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- يصـــح أن تكـــون محـــلا لأن يحوزها حائز على وجه التخصيص والانفراد بنية تملكها ولايحول دون ذلك أن تجتمع يد الحائز مع يد مـــالك العقـــار بما يؤدى إلى المخالطة بينهما إذ أن هذه المخالطة ليست عيبا في ذاتها بل فيما قد ينشأ عنها من غموض وإيهام ، فإذا اســـتطاع الشـــريك في العقار الشائع أن يحوز حصة باقى شركائه المشـــتاعين حـــيازة تقوم على معارضة حق الملاك لها على نحو لايـــترك محلا لشبهة الغموض والخفاء أو مظنة التسامح واستمرت هـــذه الحـــيازة دون انقطاع خمس عشرة سنة فإنه يكتسب ملكيتها بالتقادم ".

(طعن رقم ٨٣٨ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٤/٣/١٣)

٣- " الحصة الشائعة- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- يصـــح أن تكون محلا لأن يحوزها حائز على التخصيص والانفراد بنـــية تملكها ، ولا يحول دون ذلك أن تجتمع يد الحائز مع يد مالك العقار بما يؤدى إلى المخالطة بينهما إذ أن هذه المخالطة ليست عيبا فـــي ذاتهـــا بل فيما قد ينشأ عنها من غموض وإيهام ، فإذا استطاع الشـــريك فـــي العقار الشائع أن يحوز حصة شريكه المشتاع حيازة تقـــوم على معارضة حق الملاك لها على نحو لا يترك محلا لشبهة

الغمـــوض والخفـــاء أو مظنة التسامح واستمرت هذه الحيازة دون انقطاع خمس عشرة سنة فإنه يكتسب ملكيتها بالتقادم " .

(طعن رقم ١٥٠١ لسنة ٥٦ ق جلسة ١٩٩٣/٤/٤)

١٧ـ عنصرا الحيازة :

للحـــيازة عنصـــران : عنصر مادى وهو عبارة عن الأعمال المادية التى تنطوى عليها مزاولة الحق موضوع الحيازة ، وعنصر معـــنوى وهـــو عـــبارة عن نية الحائز في أن يباشر هذه الأعمال لحساب نفسه أى نيته في أن يكون مالكا أو صاحب حق عينى آخر. فإذا توافر هذان العنصران قامت حيازة حقيقية . وإذا تخلف العنصر المعنوى فلا تقوم حيازة حقيقية . بل تكون الحيازة حيازة عرضية.

ونعرض لهذين العنصرين التفصيل على النحو التالى .

١٨ـ (أ) العنصر المادى للحيازة :

يقصـــد بالعنصـــر المادى للحيازة السيطرة الفعلية على الشىء سيطرة مادية عن طريق القيام بالأعمال التى يباشرها عادة صاحب الحق موضوع الحيازة .

فـــإذا كان هذا الحق حق ملكية ، وجب على الحائز أن يمارس الأعمـــال الماديـــة ، التى يقوم بها المالك عادة كزراعة الأرض أو البناء عليها أو سكنى منزل ، أو إحداث تعديل فيه . ولذلك فإن سند

الملكية المصحوب بتسليم العقار لا يكفى لإثبات الحيازة ، بل يجب أن يكون هناك أفعال مادية للحيازة [١].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"الحيازة في عنصرها المادى تقتضى السيطرة الفعلية على الشيء الذى يجوز التعامل فيه وهى فى عنصرها المعنوى تستلزم نية اكتساب حق على هذا الشيء" .

(طعن رقم ٢٦٦ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٧/٢/٧)

ويجب أن تتوافر السيطرة الفعلية أى القيام بالأعمال المادية في نفس لحظة العنصر المعنوى حتى تتولد أو تنشأ الحيازة فلو توافر العنصر المعنوى دون السيطرة الفعلية ، فلا تبدأ الحيازة . وإذا وجد العنصر المعنوى دون القيام بالأعمال المادية فلا وجود للحيازة كذلك . أما متى اقترنا معا فإن الحيازة توجد .

ويشترط في الأعمال المادية التى يباشرها الحائز أن تكون من الكثرة والأهمية بحيث تكفى لظهور الحائز بمظهر صاحب الحق موضوع الحيازة [٢] وذلك بحسب المألوف بالنسبة إلى الشيء محل الحيازة ، كزراعة أرض زراعية أو سكنى منزل أو البناء على أرض فضاء كما ذكرنا .

---

(١) محمد كامل مرسى ص ٨٩ .

(٢) منصور مصطفى منصور ص ٣٧٢ – حسام الدين الأهوانى ص ٢٢٧ وما بعدها .

إنمـــا لايشترط أن يكون الحائز واضعا يده على الشيء في كل الأوقـــات ، فـــيكفى أن يقوم الشخص باستعمال الشيء كما يستعمله عـــادة صـــاحب الحق عليه ، أى أن يقوم بمباشرة الأعمال المادية علـــى الشـــيء في الأوقات التى يلزم فيها القيام بمثل هذه الأعمال للحصول على منافع الشيء . وبعبارة أخرى أن تباشر هذه الأعمال بانتظام كما يباشرها عادة صاحب الحق .

ولا يشـــترط أن يعلم المالك بالحيازة علم اليقين وإنما يكفى أن تكون من الظهور بحيث يستطيع العلم بها .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" الحـــيازة التى تصلح أساسا لتملك المنقول أو العقار بالتقادم ، وإن كانـــت تقتضـــى القيام بأعمال مادية ظاهرة في معارضة حق المالك على نحو لا يحمل سكوته فيه على محمل التسامح ولايحتمل الخفـــاء أو اللبس في قصد التملك بالحيازة ، كما تقتضى من الحائز الاســـتمرار فـــي استعمال الشيء بحسب طبيعته وبقدر الحاجة إلى استعماله . إلا أنه لايشترط أن يعلم بالحيازة علم اليقين ، إنما يكفى أن تكون من الظهور بحيث يستطيع العلم بها " .

(طعن رقم ٩٢٧ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٧٨/١١/١٦)

وجب لكى يتوفر العنصر المادى في الحيازة أن يكون الشيء تحت يد الحائز أو تحت يد شخص آخر يعمل لحسابه . وهذه هى الحال بالنسبة إلى معظم الحقوق العينية ، وهى الملكية والانتفاع والاستعمال والسكنى والحكر والرهن الحيازى، لأن مزاولة هذه الحقوق تقتضى أن يكون الشيء محل الحق في يد صاحب هذا الحق[١].

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" الأصل أن وضع اليد لا اعتبار له قانونا إلا بالنسبة لمن أراد حيازة المال لنفسه وحازه بنية تملكه . والأصل في الحيازة أنها دخول المال في مكنة الحائز وتصرفه فيه التصرفات المادية القابل لها . غير أنه إذا كان المال من نوع ما يكون الاستيلاء عليه منشئا للملك لا ناقلا له إما لكونه غير مملوك أصلا لأحد أو لكونه سبق فيه الملك لأحد ، فإن مجرد دخوله في مكنة من استولى عليه لا يكفى قانونا لاعتبار هذا المستولى منتويا التملك ما لم يكن قد أجرى فيه من الأعمال الظاهرة المستمرة ما يدل على قيام هذه النية لديه".

(طعن رقم ٤ لسنة ٩ ق جلسة ١١/٥/١٩٣٩)

---

(١) عبد المنعم الصده ص ٥٢٧ – الدكتور محمد لبيب شنب الوجيز في الحقوق العينية الأصلية الطبعة الثالثة ٢٠٠٠ ص ١٥٧ .

أما إذا كانت مزاولة الحق موضوع الحيازة لاتقتضى أن يكون الشـــىء تحـــت يـــد صاحب الحق ، كما هو الحال بالنسبة إلى حق الارتفـــاق . فهذا الحق ينطوى على تحميل العقار المرتفق به بعبء لفـــائدة العقـــار المـــرتفق ، وهذا العبء لايقتضى أن يكون العقار المرتفق به تحت يد من يباشر الارتفاق ، ولهذا يكفى لتوفر العنصر المـــادى فـــي هـــذه الحالة أن يباشر الحائز على العقار المرتفق به الأعمال المادية التى يخولها الارتفاق ، كالمرور مثلا ، مع بقاء هذا العقار في يد مالكه [1].

ولايكفـــى لوجـــود الحيازة توافر نية اكتساب الحق دون إقامة الدلـــيل علـــى الوقـــائع الماديـــة التى تعتبر نقطة البداية للحيازة . فالتصـــرف فـــي أجزاء من الأرض مع الادعاء بتوافر نية التملك لايكفـــى لوجود العنصر المادى ، بل يجب القيام بأعمال مادية على الأرض .

ويضـــيف البعض أن هذه الحقوق ترد على حق الملكية وليس على الشيء . ومن يفقد الحيازة يمكنه القيام بالتصرفات القانونية.

ولا يـــتوافر الركـــن المادى للحيازة باقتراف الأعمال المكونة للجرائم . وليس معنى ذلك أنه لايوجد تقادم يكون في مبدئه جريمة، فالســـارق قد يكتسب بالتقادم إذا حاز الشيء المسروق بعد ارتكابه

---

(١) عبد المنعم الصده ص ٥٢٧ – محمد وحيد الدين سوار ص ٦٠٧.

الجـريمة الـتى بها استولى عليه ، ولكن الجرائم لا يمكن اعتبارها أعمال انتفاع مكونة للركن المادى للحيازة [١].

وإذا كـان العقـار أرض فضاء تلقيت الحيازة فيها من ملاكها المتعاقبين ، فإنه يكفى في إثبات حيازتها – مع عدم المنازع– إنشاء حـدود لها والمرور فيها ودفع الأموال المستحقة عليها . ولو لم يتم تسويرها .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" الأصل أن وضع اليد لا اعتبار له قانونا إلا بالنسبة لمن أراد حـيازة المـال لنفسه وحازه بنية تملكه . والأصل في الحيازة أنها دخول المال في مكنة الحائز وتصرفه فيه التصرفات المادية القابل لها . غير أنه إذا كان المال من نوع ما يكون الاستيلاء عليه منشئا للملـك لا ناقلا له إما لكونه غير مملوك أصلا لأحد أو لكونه سبق فـيه الملـك لأحـد ، فإن مجرد دخوله في مكنة من استولى عليه لايكفـى قانونـا لاعتبار هذا المستولى منتويا التملك ما لم يكن قد أجرى فيه من الأعمال الظاهرة المستمرة ما يدل على قيام هذه النية لديـه . فتسوير هذا النوع من المال أو المرور به لايكفى وحده في ثبوت حيازته أو وضع اليد عليه . وأما الأموال التى تتلقى ملكيتها عـن مالكها بسند معتبر قانونا ، فإن الحيازة فيها ووضع اليد عليها

---

(١) محمد كامل مرسى ص ٧٩ .

يثبـــتان لمتلقيها بمجرد تسلمها بالحالة التىهى عليها ، والتسلم يعتبر تامـــا متى وضعت تحت تصرفه بحيث يمكنه الانتفاع بها دون مانع ولو لم يتسلمها بالفعل . ومتى اكتسبت الحيازة واليد على هذا الوجه فإنهمـــا يبقيان لمن اكتسبهما حافظين خصائصهما مفيدين أحكامهما مـــادام لـــم يعترضه من يعكرهما عليه أو يزيلهما عنه ويسكت هو المدة التى تستوجب بمرورها يد المعترض حماية القانون . فإذا كان الثابـــت أن الأرض المتـــنازع عليها فضاء ، وليست من الأراضى الـــتى لم يسبق فيها الملك لأحد ، بل هى من الأراضى التى تلقيت الحيازة فيها بالتخلية من ملاكها المتعاقبين ، فيكفى في ثبوت وضع الـــيد علـــيها القيام – مع عدم المنازع – بإنشاء حدود لها والمرور فـــيها ودفع الأموال المستحقة عليها . وإذن فالحكم الذى لايكتفى في ثـــبوت وضـــع اليد عليها بهذه المظاهر ، بل يشترط تسويرها على الأقل يكون حكما مخطئا في تكييف وضع اليد ويتعين نقضه "..

(طعن رقم ٤ لسنة ٩ ق جلسة ١٩٣٩/٥/١١)

أمـــا بالنســـبة للتصـــرفات القانونية كالبيع أو التأجير فلا تكفى بذاتهـــا للدلالة على السيطرة ، وهى الركن المادى للحيازة ، فيمكن أن يقـــوم بها من لايسيطر على الشيء بل ومن لايدعى لنفسه الحق أصلا ، كالفضولى (١).

---

(١) منصـــور مصـــطفى منصور ص ٣٧٣ – محمد وحيد الدين سوار ص ٦٠٧– عبد المنعم الصده ص ٥٢٦ .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

(أ)- " تأجـير ناظر الوقف للأطيان المملوكة للوقف هو عمل مـن الأعمـال القانونية وهو لا يكفى لتوافر الركن المادى لحيازة الجـزء المتنازع عليه من هذه الأطيان بل يجب لتوافره وضع اليد الفعلـى على هذا الجزء . فإذا كان الثابت من تقرير الخبير على ما جـاء بأسـباب الحكم أن شخصا آخر غيرمستأجر تلك الأطيان هو واضـع اليد ماديا على الجزء المتنازع عليه وأنه لم يكن يدفع عنه إيجـارا لناظر الوقف ولا للمستأجر منه فإن القول بأن ناظر الوقف كـانَ يضـع يده على هذا الجزء لمجرد أنه يدخل فيما كان يؤجره للغير دون التثبت من وضع اليد الفعلى هو استدلال غير سائغ قانونا إذ العـبرة بوضع اليد الفعلى لا بمجرد تصرف قانونى قد يطابق أو لايطابق الحقيقة " .

(طعن رقم ٨٩ لسنة ٢٣ ق جلسة ١٩٥٧/٣/١٤)

(ب)- " العـبرة- في الحيازة بالحيازة الفعلية ، وليست بمجرد تصرف قانوني قد يطابق أو لايطابق الحقيقة " .

(طعن رقم ٣٨٧ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧٣/٢/٨)

(ج) " إن وضع اليد واقعة مادية العبرة فيها بوضع اليد الفعلى المستوفى عناصره القانونية لا بما يرد بشأنها في محرر أو تصرف قانونى قد يطابق أو لايطابق الواقع .... الخ " .

(طعن رقم ٣٩١٨ لسنة ٦٨ ق جلسة ٢٠٠٠/١/١٨- لم ينشر بعد)

١٩ـ (ب) العنصر المعنوى للحيازة :

العنصر الثانى في الحيازة هو الركن المعنوى ، أى نية الاستئثار بالحق العينى موضوع الحيازة وليس بحق تملكه فحسب ، فمتى كان الحق صالحا للحيازة بأن كان من الحقوق العينية الأصلية ، فحسب الحائز أن تنصرف نيته إلى الاستئثار بهذا الحق دون الآخرين .

ويلاحظ فى هذا العنصر المعنوى ما يأتى :

(أ) – أنه لايلزم أن يكون الحائز صاحب حق على الشيء ، بل قد تكون حيازته غير مشروعة كالمغتصب فهو حائز للمال الذى اغتصبه بالرغم من كونه غير مالك له فصفة الحائز لاتتحدد بصاحب الحق أو حتى بمن يعتقد أنه صاحب حق على الشيء ، بل إن الحائز هو كل من يظهر على الشيء بمظهر صاحب الحق وليس معنى ذلك أن المشرع يسوى بين الحيازة المشروعة والحيازة غير المشروعة ، بل إنه يحسن معاملة الحائز حسن النية ، ولكنه لا يهدر حيازة الحائز سيء النية .

أما الشخص الذى لاتتوافر لديه هذه النية ، لأنه يعمل لحساب غيره ، فلا يكون حائزا حقيقيا ، بل يعتبر حائزا عرضيا . كما هو الحال بالنسبة إلى التابع والمستأجر والمستعير . فهؤلاء وأمثالهم

يعـــترفون للمالك بملكيته للشيء أو لصاحب الحق العيني بحقه على الشـــيء ، ويباشرون على الشيء الأعمال المادية المكونة للعنصر المـــادى لحســـاب المالك أو صاحب الحق العيني ، وفي هذه الحالة يكون الحائز الحقيقي هو الأصيل أو المؤجر أو المعير (١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " وضـــع يد الناظرة بصفتها ناظرة على أعيان مهما طال زمـــنه لا يكسبها ملكيتها ، لأنها لم تضع يدها إلا بصفتها وكيلة عن جهـــة الوقـــف ، ويـــد الوكـــيل لاتؤدى إلى الملكية إلا إذا تغيرت صفتها".

(طعن رقم ٢٤ لسنة ١ ق جلسة ١٩٣١/١٢/٣١)

٢- "الإقـــرار بالاســـتحكار مانع من تملك الأرض المحكرة ، مهما طالت مدة سكوت المحكر عن المطالبة بالحكر السنوى ".

(طعن رقم ١١ لسنة ٢ ق جلسة ١٩٣٢/٦/٢)

٣- " مجرد وضع يد أولاد الواقف على العين بنية الملك عقب قســـمة أجروها بينهم ثم مجرد تصرفهم بالبيع لأولادهم المستحقين بعدهم في الوقف ، لا شيء فيهما يمكن قانونا اعتباره مغيرا لسبب وضع يدهم الذى لايخرج عن الوراثة أو عن الاستحقاق في الوقف. فـــإذا أدخلت محكمة الموضوع مدة وضع يد أولاد الواقف في مدة

---

(١) عبد المنعم الصده ص ٥٣١ – محمد على عمران ص ١٧٦ ومابعدها.

الـثلاث والثلاثين سنة بغير أن يكون في الدعوى ما يصح اعتباره قانونـا أنـه قد غير وضع يدهم الأصلى الذى كان هو الوراثة أو الاستحقاق في الوقف فإنها تكون يدهم أخطأت في تطبيق المادة ٧٩ من القانون المدنى ، ويكون حكمها متعين النقض ".

(طعن رقم ٣٦ لسنة ٤ ق جلسة ١٩٣٥/٢/٢٨)

٤- " إن حـيازة النائب تعتبر حيازة للأصيل . فلهذا أن يستند إلـيها عند الحاجة . وإذن فمتى ثبتت الحيازة للمستأجر في مواجهة المتعرضـين له وردت إليه بحكم نهائى فإن المؤجر يعتبر مستمرا في وضع يده مدة الحيازة التى لمستأجره " .

(طعن رقم ٤٦ لسنة ١٢ ق جلسة ١٩٤٣/٢/٢٥)

٥- " الحائـز العرضـى كالدائن المرتهن وإن كان لايستطيع كسـب الملك بالتقادم على خلاف سنده إلا إذا تغيرت صفة حيازته، أما بفعل الغير أو بفعل منه يعتبر معارضة ظاهرة لحق المالك، إلا أن هذه القاعدة لاتسرى في حق خلفه الخاص كالمشترى من الدائن المرتهـن ، لأنـه في هذه الحالة إنما يبدأ حيازة جديدة تختلف عن الحيازة العرضية التى كانت للبائع له ".

(طعن رقم ٤٥١ لسنة ٢١ ق جلسة ١٩٥٤/٢/١٨)

٦- " إذا أقر المشترى في ورقة الضد بأن ملكية الأطيان التى وضع اليد عليها باقية للمتصرف ومن حقه أن يستردها في أى وقت

شـــاء فإن وضع يده في هذه الحالة مهما طالت مدته لا يكسبه ملكية هــذه الأرض لأن القانون يشترط في الحيازة التى تؤدى إلى كسب الملكية بالتقادم أن تقترن بنية التملك ".

(طعن رقم ١٥١ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٧/٤/٢٠)

٧- يشـــترط في التقادم المكسب – وفقا لما تقضى به المادتان ٩٦٨، ٩٦٩ مــن القــانون المدنى – أن تتوافر لدى الحائز الحيازة بعنصـــريها حتى تكون حيازة قانونية صحيحة ، ومن ثم فإن وضع الـــيد لا ينهض بمجرده سببا للتملك ولا يصلح أساسا للتقادم إلا إذا كان مقرونا بنية التملك وكان مستمرا هادئا ظاهرا غير غامض ".

(طعن رقم ٣٠٥ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٩/٦/١٠)

٨- " حيازة النائب تعتبر حيازة للأصيل ، فلهذا أن يستند إليها عــند الحاجة . فمتى ثبت وضع اليد الفعلى للمستأجر ، فإن المؤجر يعتــبر مستمرا في وضع يده بالحيازة التى لمستأجره . ويتم التقادم لمصـــلحته إذا كـــان من شأن هذه الحيازة أن تؤدى إليه . والحيازة على هذا النحو ظاهرة لاخفاء فيها ولا غموض " .

(طعن رقم ١٣٣ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧٠/٦/٩)

٩- "إذ يبيــن مــن الحكم المطعون فيه أن المحكمة انتهت في حــدود ســلطتها الــتقديرية إلى أن عقد مورث الطاعنين صورى صـــورية مطلقة وأن الأطيان التى وضع اليد عليها استنادا إلى هذا

العقـد لازالت باقية على ملك المطعون عليها الثانية البائعة صوريا ورتـب على ذلك انتفاء نية الملك لدى الطاعنين ومورثهم من قبل فإنه يكون قد التزم صحيح القانون إذ أن وضع اليد في هذه الحالة لا يعـدو أن يكون مظهرا من مظاهر ستر الصورية ولا يؤدى إلى كسب الملكية مهما طالت مدته " .

(طعن رقم ٥٥٦ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٧٦/٣/٢٣)

١٠- "إذ واجـه الحكـم المطعون فيه دفاع الطاعنين باكتساب مورثهـم - المشترى - الذى قضى بفسخ عقد شرائه ملكية أعيان الـنزاع بوضـع اليد المدة الطويلة وانتهى إلى أن حيازته لها كانت حـيازة عرضـية غـير مقترنة بنية التملك فلا تصلح سببا لكسب الملكـية بالـتقادم ، إذ أن وضع يده كان مستندا إلى حقه في حبس الأعـيان المبـيعة حتى يستوفى مقدم الثمن وقيمة الإصلاحات التى أجراها ، وكانت هذه الأسباب سائغة وتكفى لحمل قضائه فإن النعى علـى الحكـم المطعـون فيه بالقصور أو بمخالفة القانون في غير محله".

(طعن رقم ٤٢٩ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٧/٣/٣٠)

غير أن الحائز العرضى تكون لديه نية التملك إذا تغيرت صفة حـيازته إمـا بفعل الغير أو بفعل منه يعتبر معارضة ظاهرة لحق المالك .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " الحائــز العرضــى لايســتطيع كسب الملك بالتقادم على خلاف سنده إلا إذا تغيرت صفة حيازته إما بفعل الغير ، وإما بفعل منه يعتبر معارضة ظاهرة لحق المالك " .

(طعن رقم ٣٨٤ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧٢/١٢/٢١)

٢- " انــتقال الحيازة بالميراث لا يمكن اعتباره مغيرا للسبب ، لأن الحــيازة تنــتقل بصــفاتها إلى الوارث الذى يخلف مورثه فى الــتزامه بالــرد بعــد انتهاء السبب الوقتى لحيازته العرضية ، ولا تكون للوارث حيازة مستقلة مهما طال الزمن ولو كان يجهل أصلها أو سببها ، ما لم تصحب هذه الحيازة مجابهة صريحة ظاهرة " .

(طعن رقم ٣٨٤ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧٢/١٢/٢١)

٣- " الحائــز بطريق النيابة عن صاحب الأرض إذا أقام عليها منشــآت دون إذن مــن صاحبها ، فإن مجرد إقامتها لا يعتبر بذاته تغيــيرا لســبب الحيازة ومعارضة لحق المالك بسبب جديد بل إن القانون يرتب للمالك الحق في أن يطلب استبقاء هذه المنشآت إذا لم يكن قد طلب إزالتها في ميعاد سنة من يوم علمه بإقامتها " .

(طعن رقم ٣٨٤ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧٢/١٢/٢١)

٤- " الحائــز العرضى . عدم اكتسابه الملكية إلا بتغيير سبب الحيازة. سبيله. تلقيه الملكية من الغير معتقداً أنه المالك أو مجابهته

المـــالك قضـــاء أو غـــير قضاء بإنكار الملكية عليه والاستئثار بها دونه. عبء إثبات ذلك . وقوعه على عاتق الحائز " .

(طعنان ٥٨٧٤،٤٢٣٣ لسنه ٦٥ق جلسة ١٩٩٧/١٢/١٣)

(ب) تـــتحدد نية الحائز بالحق الذى يريد اكتسابه، فحيازة حق الملكـــية تقتضى حتما نية الاستئثار بجميع مزايا الشيء. أما حيازة الشيء بنية اكتساب حق آخر عليه ، فهى لاتقتضى الاستئثار بجميع مـــزايا الشـــيء . بل بالمزايا التى يخولها هذا الحق بالذات . فمن يباشر المرور على أرض الجار ردحا من الزمن بنية اكتساب حق ارتفـــاق علـــيها، فإن حيازته تنصب على هذا الحق بالذات، ولكنه لايعتبر حائزا للأرض نفسها إذ ليست عنده نية تملكها.

فـــلا يلزم لذلك أن ينكر الحائز كل حق آخر على الشيء ، بل حسبه أن يستقصى أى حق منافس للحق الذى يدعيه . فحائز العقار بنـــية تملكه لا حرج عليه في أن يعترف بحق الجار في المرور فيه أو في فتح مطلات عليه (١).

(ح) لايلـــزم لوجود الركن المعنوى أن يعرف الحائز على وجه التحديد مدى الحق الذى يحوزه . فمن يحوز مكتبة بنية تملك كل ما فـــيها من مؤلفات فإن حيازته تمتد إلى جميع هذه المؤلفات ولو كان يجهـــل نوعها ومقدارها . وإذا كان الحائز قد أعد شيئا لتلقى أشياء

---

(١) محمد على عرفه ص ١٢٨ .

أخرى فلا يلزم أن تتوفر لديه نية خاصة في كل مرة يدخل فيها أحد هذه الأشياء الأخرى في حيازته ، بل يكفى أن يوجد لديه نية عامة تتمثل في هذا الإعداد فمن يعد صندوقا لتلقى الرسائل متى ترد إليه يصبح حائزا لهذه الرسائل من وقت أن توضع في صندوقه وقبل علمه أنها وضعت فيه (١).

إنما يلزم لكى تمتد الحيازة إلى المعلوم والمجهول معا أن تسوغ الوقائع افتراضها . فإذا اشترى شخص مكتبا معتقدا أنه فارغ، ثم تبين أن بائعه أخفى نقودا في أحد أدراجه ، فإن حيازته للمكتب لاتعتبر شاملة للنقود ، إذ لا يتصور أن يفترض أن نية هذا الشخص قد اتجهت إلى حيازة هذه النقود (٢).

(د)- لايوجد ما يمنع من توافر النية بالنسبة لحق وعدم توافرها بالنسبة لحق آخر بالرغم من وحدة الشيء . فالحيازة ترد على الحق ولهذا يمكن أن تكون هناك حيازة عرضية لحق وحيازة قانونية لحق آخر وكل ذلك على شيء واحد فمن يظهر بمظهر صاحب حق انتفاع على شيء يكون حائزا قانونيا لحق الانتفاع وحائزا عرضيا بالنسبة للملكية (٣).

---

(١) عبد المنعم الصده ص ٥٣١- محمد على عرفه ص ١٢٨ – منصور مصطفى منصور ص ٣٧٩ .

(٢) محمد على عرفه ص ١٢٨ .

(٣) منصور مصطفى منصور ص ٣٧٩- حسام الدين الأهوانى ص ٢٤١.

(هـــ) العنصر المعنوى للحيازة مفترض ، وليس على من له السـيطرة الماديــة على الشيء أن يقيم الدليل على نيته في العمل لحســاب نفسه ، بل يقع على من ينازعه في حيازته أن يقيم الدليل علـــى انتفاء هذه النية وأنه يباشر السيطرة المادية بالوساطة لحساب غيره ، تابعا له أو تنفيذا لعقد أبرمه معه فقد نصت الفقرة الثانية من المــادة ٩٥١ مدنـــى علـــى أنه : " وعند الشك يفترض أن مباشر الحـــيازة إنمـــا يحـــوز لنفســـه ، فإن كانت استمرارا لحيازة سابقة افترض أن هذا الاستمرار هو لحساب البادئ بها " (١).

(أنظر في التفصيل شرح المادة ٩٥١)

٢٠ـ إثبات الحيازة :

الحيازة أو وضع اليد واقعة مادية ، ومن ثم يجوز إثباتها بكافة طـــرق الإثبات القانونية بما فيها البينة والقرائن ، فللمحكمة أن تتخذ من تكليف الأرض باسم الخصم قرينة على وضع يده عليها مضافة إلى أدلة أخرى .

ولها أن تعتمد في ذلك على تقارير الخبراء ولو كانت مقدمة في دعاوى أخرى ، مادامت مضمومة إلى ملف الدعوى وأصبحت من أوراقهـــا . وأن تـــأخذ ضمن القرائن المستفادة من الأوراق أقوال الشهود الذين سمعهم الخبير .

---

(١) منصور مصطفى منصـــور ص ٣٨١ وما بعدها – محمود جمال الدين زكى ص ٥٠٤ .

ولهـــا أن تســـتند إلـــى ما قضى به في دعوى أخرى دون أن تتوافر لهذا القضاء حجية الأحكام .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " لمحكمة الموضوع أن تستدل على نوع وضع اليد من أى تحقيق قضائى أو إدارى أو من شهادة شاهد لم يؤد اليمين أمامها ، ولا رقابـــة لمحكمة النقض عليها في ذلك مادام ما استنبطته مستمدا مـــن أوراق الدعوى ومستخلصها منها استخلاصا سائغا وتؤدى إلى النتيجة إلى انتهت إليها " .

(طعن رقم ٢١١ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧٠/١٢/٣١)

٢- " لمحكمـــة الموضـــوع السلطة التامة في التعرف على نية واضـــع اليد من جميع عناصر الدعوى ، وقضاؤها في ذلك لايكون خاضـــعا لـــرقابة محكمة النقض ، مادامت هذه العناصر مدونة في حكمها ، وتفيد عقلا النتيجة التى استفادتها " .

(طعن رقم ١٣٧ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧٢/٣/٢٣)

٣- للمحكمـــة أن تستخلص في حدود سلطتها الموضوعية أن الحائـــز يحوز العقار نيابة عن زوجته وأنه كان يمثلها في دعوى الحيازة التى أقيمت عليها " .

(طعن رقم ٤٦٣ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٢/١٢/٣١)

٤- " لئن كان وضع اليد واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة الطرق من أى مصدر يستقى القاضى منه دليله ، ولا محل لطرح ما تقرره محكمـــة الموضـــوع بشأنها على محكمة النقض ، إلا أنه يجب أن يعرض الحكم المثبت للتملك بالتقادم لشروط وضع اليد فيبين بما فيه الكفايـــة الوقائع التى تؤدى إلى توافرها بحيث يبين منه أنه تحراها وتحقق من وجودها ، وإذ لم يرد بالحكم المطعون فيه ما يفيد تحقق هذه الشروط فإنه يكون مشوبا بالقصور والخطأ في تطبيق القانون".

(طعن رقم ٣٠٥ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٩/٦/١٠)

٥- " تحقـــيق وضـــع اليد بما يجوز فيه القرائن ، للمحكمة أن تـــتخذ من تكليف الأرض باسم الخصم قرينة على وضع يده عليها مضافة إلى أدلة أخرى " .

(طعن رقم ١٤١ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٤/١/١٥)

٦- " متى كان الحكم المطعون فيه لم يبين ما إذا كانت الصفة العرضـــية لحيازة النائب عن الطاعنين بعمل مادى أو قضائى يدل علـــى إنكـــار ملكيتهما لحصتهما في الماكينة واستئثاره بها دونها ، وكـــان استخراج ترخيص لإدارة الماكينة باسم هذا النائب وشريكيه دون باقى اخوته لايعتبر بذاته تغييرا لصفة الحيازة ولايتحقق معنى المعارضـــة لحق الطاعنين بالمعنى المقصود قانونا في هذا الصدد، فإن الحكم يكون معيبا بالقصور فى التسبيب والفساد فى الاستدلال ".

(طعن رقم ٢٥٩ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٧/١/٤)

٧- " وضـــع اليد المكسب للملكية واقعة مادية مما يجوز إثباته بكافـــة الطرق ، فإن للمحكمة أن تعتمد في ثبوت الحيازة بعنصريها المبينين بالمادتين ٩٦٨ و٩٦٩ من القانون المدنى على القرائن التى تســتنبطها مـــن وقائع الدعوى مادام استخلاصها سائغا ولا مخالفة للثابـــت بالأوراق . فلها أن تعتمد في ذلك على تقرير الخبراء ولو كانت مقدمة في دعاوى أخرى مادامت مضمومة إلى ملف الدعوى وأصـــبحت من أوراقها التى تناضل الخصوم في شأن دلالتها وأن تـــأخذ ضـــمن القرائن المستفادة من الأوراق – بما تطمئن إليه من أقـــوال الشهود الذين سمعهم هؤلاء الخبراء دون حلف يمين ، وأن تستند إلى ما قضى به في دعوى أخرى دون أن تتوافر لهذا القضاء حجـيّة الأحكام في الدعوى المطروحة عليها متى كان ذلك بحسبانه قرينة تدعم بها قضاءها . وهى لاتتقيد بقرينة من هذه القرائن دون أخـــرى ، ولها أن تطرح ما لا تطمئن إليه . فلا عليها وهى بصدد بحـــث كسب الملكية بالتقادم إن هى استبعدت القرينة المستفادة من تكلـــيف الأطـــيان باســـم حائزها إذا وجدت في أوراق الدعوى ما تطمئـــن معه إلى أنه لم يكن يحوزها حيازة أصلية لحساب نفسه ، ولا أن تتقيد بتسجيل عقد مادام قد ثبت لها أنه صدر من غير مالك لأن ذلـــك لـــيس سببا بذاته لكسب الملكية ، كما أنها لاتلتزم بتعقب

الخصوم في شتى مناحى دفاعهم والرد على كل قرينة غير قانونية يستندون إليها مادامت قد أقامت قضاءها على الأسباب الكافية لحمله، ولا أن تجيب طلب إحالة الدعوى إلى التحقيق مادامت قد وجدت في أوراق الدعوى ما يكفى لتكوين عقيدتها " .

(طعن رقم ١٠٨٨ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٨٤/٥/٢٤)

٢١ـ عدم قيام الحيازة بالأعمال المباحة :

تنص المادة على أن : " لا تقوم الحيازة على عمل يأتيه الشخص على أنه مجرد رخصة من المباحات .... إلخ " .

والمراد بالعمل الذى يأتيه الشخص على أنه مجرد رخصة من المباحات ، ذلك الذى يأتيه الشخص في حدود حق مقرر له ، فله أن يأتيه أو لا يقوم به ، وإذا أتاه لايملك أحد منعه ، فهو لايتضمن تعديا على ملك أحد . كما أن هذا العمل لايتحمله منه أحد على سبيل التسامح .

فمثل هذا العمل يتخلف فيه الركن المادى للحيازة ، كما أنه لايتوافرلديه قصد استعمال حق لأحد فيتخلف أيضا الركن المعنوى. فلا تقوم الحيازة إذن على عمل من الرخص المباحة [١].

---

(١) السنهورى جـ٩ ص ١١١٥ – محمود جمال الدين زكى ص ٥٠٧– رمضان أبو السعود ص ٣٨٢ . ويرى البعض أن الركن المادى هو الذى يتخلف فقط (حسام الدين الأهوانى ص ٢٤٥ – عبد المنعم الصده ص ٥٢٩) .

ومن أمثلة تلك الأعمال ما يأتى :

١- أن يفـتح المـالك مـنورا على حافة ملكه ، فهو في فتحه للمـنور إنما يأتى رخصة من المباحات لم يقصد بها الاعتداء على حـق لأحد ولم يقع فعلا اعتداء على ملك الجار ، مهما طال الزمن على فتح هذا المنور فباستطاعة الجار أن يقيم حائطا في حدود ملكه يسد به هذا المنور ، ولايجوز لصاحب المنور الادعاء باكتساب حق فتح المنور بالتقادم (١).

٢- أن يفـتح المالك مطلا مستوفيا لقيد المسافة القانونية . فقيام الشـخص بفـتح مطـل في حدود المسافة القانونية لايكسبه ارتفاقا بـالمطل ، فيجوز لصاحب العقار المجاور أن يقيم حائطا في حدود ملكه ويسد به هذا المطل ، ولكنه لايستطيع أن يفتح في هذا الحائط مطلا لأنه لايكون عندئذ متقيدا بالمسافة القانونية ، بل عليه إن أراد ذلـك ، أن يبـتعد عـن الخط الفاصل بين العقارين بمقدار المسافة القانونية .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " .... فالمطل لايعتبر ارتفاقا للعقار المطل عليه متى كان مفـتوحا على المسافة القانونية أما فتح المطل على أقل من المسافة القانونية فهو أصلا من التصرفات التى يملكها كل مالك في ملكه ،

---

(١) السنهورى ص ١١١٥ وما بعدها - رمضان أبو السعود ص ٣٨٢ .

لـــه نفعـــه وعليه خطره . ولابد لاعتباره مبدأ لوضع يد على حق ارتفـــاق بالمطل يكسب بالتقادم ، من انتفاء مظنة العفو والفضل من جانـــب صاحب العقار المجاور وانتفاء شبهة الاقتصار في الانتفاع بـــالمطل علـــى القدر الذى تركه فاتحه من ملكه بينه هو وجاره ، وهذه الشبهة وتلك المظنة تتأكدان بإقامة سور فاصل بين الملكين ، ومـــن شـــأنه الحد من مجال النظر في المطل . فإذا فتح المالك في ملكـــه نوافـــذ على أقل من المسافة القانونية مع وجود سور للجار يقابلهـــا ، فإنـــه – مهما يكن في هذا السور من فجوات تسمح بمدّ الـــنظر على ملك الجار – إنما يكون مخاطرا في فتحه هذه النوافذ ، مـــن جهـــته لقصـــور عملـــه هـــذا في الدلالة على معنى التعدى (empiétement) الـــذى هـــو شرط لازم لنشوء حالة وضع اليد بالمعنى القانونى على حق ارتفاق بالمطل يراد اكتسابه بمضى المدة علـــى ملـــك الغير ، ومن جهة أخرى لوضوح الدلالة المستفادة من قـــيام الســـور على عدم تهاون صاحبه في أن تطل على ملكه تلك النوافذ وعلى احتفاظه بحقه في البناء في نهاية ملكه في كل وقت . ولايـــرد علـــى ذلـــك بأن صاحب السور بتراخيه في ترميمه وسد فجواته قد أسقط حقه في هذا الترميم ، وأنه مكن الجار بامتناعه عن إجـــرائه مـــن اكتســـاب حق عليه ، إذ حق المالك في ترميم ملكه لايسقط بعدم الاستعمال ولايتقيد صاحبه فيه بغير اتفاق صريح ".

(طعن رقم ٣٥ لسنة ٦ ق جلسة ١٩٣٧/٣/١٨)

هــذا وقد يحدث العكس فنوجد بصدد حالة يمتنع فيها الشخص عــن إتيان رخصة من المباحات ، أى يقوم بعمل سلبى ، وفى هذه الحالــة لا نكون بصدد عدم كسب حق عن طريق التقادم المكسب ، بــل نحن بصدد عدم إتيان رخصة من المباحات ، والرخصة إذا لم تســتعمل لاتســقط بالتقادم . مثال ذلك أن للجار الذى لم يساهم في نفقــات تعلية الحائط المشترك ، أن يصبح شريكا في الجزء المعلى بشروط (م ٨١٦) فهذه رخصة للجار ألا يأتيها ، فإذا سكت ومضى أكــثر مــن خمســة عشــر عاما ، لم تسقط رخصته في أن يطلب الاشتراك في الجزء المعلى ولو بعد انقضاء هذه المدة . وأيضا فإن للمــالك أن يبــنى علــى أرضه ويعلى بناءه ، فإن لم يستعمل هذه الرخصــة وترك أرضه فضاء مدة خمس عشرة سنة أو أكثر ، فله الحــق بعد ذلك في البناء والتعلية ، ولا يستطيع الجار منعه بمقولة أنــه بقــى منتفعا بالأرض في حالة كونها فضاء ، ذلك أن رخصة البناء والتعلية لاتسقط بالتقادم ، فلا يمكن للجار الادعاء بأنه اكتسب حق ارتفاق على جاره بعدم البناء [1].

---

(١) رمضان أبو السعود ص ٣٨٢ .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إن كل ما قصده الشارع من المادة ٣٩ من القانون المدنى إنما هو تقييد حرية صاحب الأرض المعدة للبناء في أن يقيم البناء على نهايتها إذا كان يريد فتح مطلات له على ملك جاره . وهو لم يقصد بحـــال أن يجعـــل العقار المجاور خادما للعقار الذى فتح فيه المطل على المسافة القانونية من يوم فتحه بحيث يكون محملا بحق ارتفاق سلبى لايمكن معه لصاحب هذا العقار أن يقيم بناء على حدود ملكه أو أن يسوره ويتصرف في سوره بالهدم والبناء مرة بعد مرة وفى كل آن .... الخ " .

(طعن رقم ٣٥ لسنة ٦ ق جلسة ١٩٣٧/٣/١٨)

ومثل ذلك يقال عن استعمال الحائط المشترك في المثال المتقدم، إذ أن اســتعمال أحد الجارين للحائط لا يعدو أن يكون من المباحات الــتى تســتند إلـــى الاشــتراك في ملكية الحائط ، حتى لو استنفذ الاســتعمال ســمك الحائط كله . فإذا سكت الشريك الآخر عن هذا الاســتعمال ، فـــإن هذا السكوت لايسقط حقه في الاعتراض عندما يحتاج بدوره إلى استعمال الحائط . فيكون له مهما طال أمد سكوته أن يجـــبر جاره على إزالة ما أنشأه في الحائط من أعمال متجاوزا نصف سمكه (١).

---

(١) محمد على عرفه ص ١٣ ومابعدها .

٢٢- عدم قيام الحيازة على عمل من أعمال التسامح :

يقصـــد بالأعمال التى تعتبر مـــن أعمـــال التسامح (acte de tolerance) تلـــك الـــتى تتضمن في ذاتها تعديا على ملك الغير ، ومـــن حق هذا الغير أن يمنع من يباشرها من إتيانها ، ولكنه يتركه مـــع ذلـــك تســـامحا لأنها لاتصيبه بضرر يعتد به بالرغم من أنها تـــنطوى علـــى تعـــد على حقه ، بل قد يعود عليه بعض النفع من ورائهـــا وغالـــبا ما يحدث ذلك بسبب الجوار . وبعبارة أخرى فإن الغير يرخص لمن يباشر هذه الأعمال - إما صراحة أو ضمنا- في أن يقـــوم بها ، وهذا الترخيص غير ملزم ، فيكون لصاحب الملك الـــذى رخص بها أن يرجع في أى وقت من هذا الترخيص فيمتنع مـــن يقوم بتلك الأعمال عن الاستمرار فيها ومادامت هذه الأعمال تباشـــر بمقتضى ترخيص - أو تسامح- فليس لمن يباشرها الادعاء بقصـــد الظهـــور بمظهـــر صاحب حق عينى على الشىء ، فينتفى العنصر المعنوى ، ولا يعتبر حائزا (١).

ولايستطيع أن يدعى اكتساب حق ارتفاق أو ملكية بالتقادم .

والتأصيل القانونى لعدم قيام الحيازة على أعمال التسامح هو أن التعديات البسيطة المتسامح فيها لا يمكن أن تكون محلا لحق حقيقى لمـــن يقـــوم بممارستها فالتسامح لا يخول حقا ، والعمل القائم على التســـامح لا يمكن أن يعتبر ممارسة لحق وتكراره لايسمح باكتساب

---

(١) السنهورى ص ١١١٩ - عبد المنعم البدراوى ص ٤٤٩ .

حـق . ولهذا فإن فكرة الحيازة تكون بعيدة أصلا عن مجال أعمال التسـامح . والمـالك هو الذى يمارس الحق ومن مظاهر ممارسته لحقه أنه رخص للغير على سبيل التسامح باستعمال الشيء . والغير لـم يعـارض حـق المالك لأن العمل يتم بناء على إرادة المالك . والشـخص الـذى يقوم بعمل يستند إلى ترخيص صريح أو ضمنى يقـر بأنه لا يمارس حقا على الشيء ، ولايقصد استعمال الحق أو الحصـول عليه وإنما يقتصر على القيام بمجرد عمل مادى ومن ثم تنـتفى لديه نية التملك أو الحصول على الحق أى لا يتوافر الركن المعنوى للحيازة (١).

وجاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" .... ويجـب أن تكـون الحيازة سيطرة متعدية ، ولا مجرد رخصـة ولا عملا يقبل على سبيل التسامح . فمن كان يمر بأرض جـاره ، وقد رخص له الجار في ذلك لا على أن له حق ارتفاق ، لايعتـبر حائـزا لحـق المرور، ومن فتح مطلا على أرض فضاء لجـاره، فـترك الجـار المطل على سبيل التسامح إذ هو لايضايقه مادامت أرضه فضاء لايعتبر حائزا لحق المطل "(٢).

---

(١) حسام الدين الأهوانى ص ٢٤٧ .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٦ ص ٤٥٠ .

والمرور في أرض فضاء وحده لايكفى لتملكها بوضع اليد لأنه ليس إلا مجرد انتفاع ببعض منافع العقار لايحول دون انتفاع الغير به .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" إن المرور في أرض فضاء لايكفى وحده لتملكها بوضع اليد مهمـا طـال أمـده لأنه ليس إلا مجرد انتفاع ببعض منافع العقار لايحول دون انتفاع الغير به بالمرور أو بفتح المطلات أو بغير ذلك، ولايعبر عن نية التملك بصورة واضحة لا غموض فيها " .

(طعن رقم ١٢٤ لسنة ١٤ ق جلسة ١٩٤٥/١/١١)

كما قضت بـأن :

" لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه أخذا بما ورد بـتقريرى الخبيرين المقدمين بالأوراق محمولين على أسبابهما والذى أطمأن إليهما من أن حيازة الطاعن للممر محل النزاع كانت علـى سبيل التسامح ولم يقدم الطاعن دليل ملكيته لهذا الممر ورتب علـى ذلـك قضاءه برفض طلبه بتثبيت ملكيته له بالتقادم الطويل المكسـب للملكـية وكـان ما خلص إليه الحكم سائغا ويكفى لحمل قضائه ولا مخالفة فيه للقانون ومن ثم فإن ما أثاره الطاعن في هذا السـبب لايعـدو أن يكـون جـدلا موضوعيا فيما تستقل محكمة الموضوع بتقديره مما لاتجوز إثارته أمام محكمة النقض ".

(طعـن رقـم ٢٨٤١ لسنة ٦٢ ق جلسة ١١/٢/١٩٩٩- لم ينشر بعد)

٢٣- هل يعتبر التسامح صورة من صور الحيازة العرضية ؟

الحـيازة العرضـية تعتـبر ذا أثر مطلق . بمعنى أنها تستبعد الحيازة في مواجهة الكافة.

فالحائـز لايحـوز لحسـاب نفسه وإنما لحساب غيره ومن ثم لاتتوافر الحيازة في مواجهة الكافة.

أمـا في مجال التسامح فنظرا لأن المحرز يحوز لحساب نفسه وإنمـا بـإذن المالك فإن الحيازة لا تقوم في مواجهة المالك ولكنها تقوم في مواجهة الغير. فالمالك وحده هو الذى تحمل الأعمال على سـبيل التسامح ، أما الغير فلا شأن له بالتسامح فلا يصدر منه مالا يملكـه . ومن ثم للحائز التمسك بحيازته فى مواجهة الغير ويتمتع بالحيازة القانونية . فالتسامح يختلف عن الحيازة العرضية من حيث أنه يجعل الحيازة غير قائمة في مواجهة المالك وحده أى يكون أثره نسبيا فقط .

وتقدير توافر التسامح بالرجوع إلى نية المالك ، والأثر النسبى للتسامح يقربانه من عيب الغموض .

ولكـن يقترب التسامح من الحيازة العرضية من حيث أنه يجب لتحول الحيازة إلى حيازة حقيقية صدور أعمال ممن يدعى الحيازة

تنطوى على معارضة صريحة لحق المالك ينتفى معها عمل الأخير لتلك الأعمال على سبيل التسامح .

ولهذا يجب أن يفهم نص المادة ٩٤٩ على أنه يقصد أن الحيازة فــي مواجهــة المالك لا تقوم على عمل تحمله على سبيل التسامح، ولكــنها تقــوم فــي مواجهــة غــيره إعمالا للأثر النسبى السابق إيضاحه(١).

٢٤ـ أمثلة للحيازة على سبيل التسامح :

١- أن يمر شخص في أرض جاره ، فيتركه هذا الجار تسامحا منه مراعاة لما يقتضيه حسن العلاقات بين الجيران (٢).

٢- أن يــترك الجار مواشى جاره ترعى في أرضه على سبيل التســامح ، فــلا يكسب الجار صاحب المواشى حق ارتفاق ويجوز منعه في أى وقت من رعى مواشيه في أرض الجار(٣).

٣- أن يفــتح شــخص مطــلا على ملك جاره دون أن يترك المسافة القانونية ، ويتركه الجار تسامحا منه نظرا إلى أن الظروف تؤدى إلى انتفاء الضرر أو على الأقل إلى جعل الضرر يسيرا كأن

---

(١) حســام الدين الأهوانى ص ٢٤٩ من هذا الرأى السنهورى ص ١١٢١ هامش (٢) – وقارن عبد المنعم البدراوى ص ٤٤٩ ، منصور مصطفى منصور ص ٣٨٠ فيريان أن الحيازة عرضية .

(٢) منصور مصطفى منصور ص ٣٨٠ .

(٣) السنهورى ص ١١٢٠ ومابعدها .

تكـــون الأرض فضاء أو محاطة بسور يمنع النظر أو نظرا لما بين الجارين من صلة قرابة .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

(أ)- " إن كـــل مـــا قصـــده الشارع في المادة ٣٩ من القانون المدنى إنما هو تقييد حرية صاحب الأرض المعدة للبناء في أن يقيم البـــناء على نهايتها إذا كان يريد فتح مطلات له على ملك جاره . وهو لم يقصد بحال أن يجعل العقار المجاور خادما للعقار الذى فتح فـــيه المطل على المسافة القانونية من يوم فتحه بحيث يكون محملا بحـــق ارتفـــاق سلبى لا يمكن معه لصاحب هذا العقار أن يقيم بناء علـــى حدود ملكه أو أن يسوره ويتصرف في سوره بالهدم والبناء مرة بعد مرة وفى كل آن .

وذلـــك لأن هذا الارتفاق السلبى ليس مما يكتسب بمضى المدة وإنمـــا لا يكـــون إلا بالاتفاق عليه . فالمطل لايعتبر ارتفاقا للعقار المطل عليه متى كان مفتوحا على المسافة القانونية . أما فتح المطل على أقل من المسافة القانونية فهو أصلا من التصرفات التى يملكها كل مالك في ملكه ، وله نفعه وعليه خطره . ولابد ، لاعتباره مبدأ لوضع يد على حق ارتفاق بالمطل يكسب بالتقادم ، من انتفاء مظنة العفـــو والفضـــل مـــن جانب صاحب العقار المجاور وانتفاء شبهة الاقتصار من الانتفاع بالمطل على القدر الذى تركه فاتحه من ملكه

بينه هو وجاره وهذه الشبهة وتلك المظنة تتأكدان بإقامة سور فاصل بين الملكين ، ومن شأنه الحد من مجال النظر من المطل . فإذا فتح المالك في ملكه نوافذ على أقل من المسافة القانونية مع وجود سور للجار يقابلها، فإنه – مهما يكن في هذا السور من فجوات تسمح بمد النظر على ملك الجار – إنما يكون مخاطرا في فتحه هذه النوافذ، من جهة لقصور عمله هذا من الدلالة على معنى التعدى (empiétement) الذى هو شرط لازم لنشوء حالة وضع اليد بالمعنى القانوني على حق ارتفاق بالمطل يراد اكتسابه بمضى المدة على ملك الغير ، ومن جهة أخرى لوضوح الدلالة المستفادة من قيام السور على عدم تهاون صاحبه في أن تطل على ملكه تلك النوافذ وعلى احتفاظه بحقه في البناء على نهاية ملكه في كل وقت ولايرد على ذلك بأن صاحب السور بتراخيه في ترميمه وسد فجواته قد أسقط حقه في هذا الترميم ، وأنه مكن الجار بامتناعه عن إجرائه من اكتساب حق عليه ، إذ حق المالك في ترميم ملكه لايسقط بعدم الاستعمال ولايتقيد صاحبه فيه بغير اتفاق صريح " .

(طعن رقم ٣٥ لسنة ٦ ق جلسة ١٩٣٧/٣/١٨)

(ب)- " متى كان الواقع في الدعوى هو أن مورث الطاعنة أقام منزلا به مطلات تطل على قطعة أرض فضاء مملوكة لآخر أقام عليها " جراجا" مصنوعا من الخشب والصاج ثم باعها الأخير

إلى المطعون عليه الذى أقام حائطا لسد هذه المطلات فأقامت عليه الطاعنة دعوى تطلب منع تعرضه ، وكان الحكم المطعون فيه وهو بسبيل توافر شرائط وضع اليد قد استخلص من الأدلة التى ساقها أن تــرك مطلات منزل الطاعنة على العقار المبيع للمطعون عليه كان مــن قبــيل التسامح من جانب البائع لهذا الأخير إذ لم يكن فيه أى اعتداء على ملكه وبذلك نفى نية التملك عن وضع يد الطاعنة وهو ركــن أساسى من أركان دعوى منع التعرض فإن في هذا وحده ما يكفى لإقامة الحكم برفض دعوى منع التعرض أما ما استطرد إليه بعــد ذلك من القول بأن هذا التسامح لاينشىء حقا ولايكتسب صفة الارتفــاق فهــو تزيد لايضيره ، ومن ثم فإن النعى عليه الخطأ في تطبيق القانون استنادا إلى أنه تصدى للبحث في التسامح على النحو المشار إليه يكون قد خلط بين دعوى الملكية ودعوى وضع اليد هذا النعى يكون غير منتج " .

(طعن رقم ١٤٥ لسنة ١٩ ق جلسة ١٩٥١/٦/١٤)

٤-" أن يــترك الابن أباه ينتفع بالأرض التى يملكها أو بوحدة سكنية يملكها أو يترك الأب الابن ينتفع بالأرض أو الوحدة السكنية أو يــترك الإخوة أخاهم ينتفع بما يملكونه وذلك على سبيل التسامح ومراعاة لصلة الأبوة أو البنوة أو الإخوة .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إذا اســتنتجت المحكمة من علاقة الإبن بأبيه أن انتفاع الأب بملــك ابــنه كــان من قبيل التسامح فيده عارضه لاتكسبه الملكية بمضــى المــدة فــلا رقابــة عليها لمحكمة النقض لكون ذلك من الــتقريرات الموضــوعية التى لا شأن لمحكمة النقض بها مادامت مبنية على ما يسوغها " .

(طعن رقم ٤ لسنة ١٤ ق جلسة ١٩٤٥/١/١١)

٢٥ـ ثبوت التسامح مما يخضع لتقدير المحكمة :

اســتخلاص وجــود التســامح يكون من الظروف التى تحيط بــالدعوى، فهــى مســألة تتعلق بالوقائع مما يخضع لتقدير قاضى الموضوع . فهو الذى يقدر ما إذا كانت الأعمال التى قام بها الجار قــد تحملهــا منه جاره على سبيل التسامح. وقد يدق الأمر فيتلمس القاضى أية علاقة مادية تنم عن نية التسامح عند الجار ، كأن يحيط الطــريق الــذى يمــر فيه جاره بسياج يدل على نيته في الاحتفاظ بطــريقه ، ولــو فتح في هذا السياج بابا يمر منه جاره فيكون هذا المرور على سبيل التسامح .

ويلاحظ أن الجوار في ذاته سبب سائغ لتسامح الجار مع جاره ولــو لم نقل بأن أعمال التسامح لاتجعل للجار حقا ، لتشدد كل جار

مــع جاره ، ولمنعه من إتيان أعمال في ملكه لا ضرر عليه منها، خشية أن يكسب الجار حقا على ملك جاره [١].

كمــا أن من أهم العلامات التى يستنتج منها التسامح قيام علاقة قرابة بين المالك ومدعى الحيازة . وكلما ازدادت درجة القرابة بين الطرفيــن كلما استخلص التسامح بسهولة . كما يستخلص التسامح مــن طبيعة العقار الذى يكون محلا لما يقوم به مدعى الحيازة من أعمال ، فلو كان أرض فضاء ، أو مكانا مهجورا يستخلص بسهولة التســامح لأن المــالك لايضــار مــن الاستعمال بل قد يستفيد من استعمال المكان المهجور حيث يتم تنظيفه والعناية به .

وممــا ينفى التسامح أن تكون الأعمال مؤدية إلى الانتقاص من حقــوق المــالك بصورة لم يجر العمل على التسامح فيها ، أو توتر العلاقــات بين الأقارب أو الجيران كما لو جدت خلافات تصل إلى القضاء في مجال علاقات الملكية [٢].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" لمحكمة الموضوع السلطة المطلقة في التحقق من ثبوت وقائع الدعــوى وفى تقديرها، مجردة عن أى اعتبار آخر أو مضافة إليها الظروف التى اكتنفتها ، واستخلاص ما قصده أصحاب الشأن منها.

---

(١) السنهورى ص ١١٢١ هامش (٢).

(٢) حسام الأهوانى ص ٢٥٠ وما بعدها .

فــإذا كان التملك بمضى المدة يقتضى قانونا الظهور بمظهر المالك فهــى الــتى تستخلص هذه النية بحسب ما يقوم باعتقادها من وقائع الدعوى وملابساتها . وعلى ذلك فإذا استنتجت المحكمة من الوقائع أن انــتفاع واضـــع الـــيد إنمـــا كان مبناه التسامح الذى يحدث بين الجــيران فذلـــك لايخـــرج عن حدود سلطتها ولا رقابة عليها فيه لمحكمة النقض ".

(طعن رقم ١٣ لسنة ١ ق جلسة ١٩٣١/١٢/١٠)

٢- " نـــية الـــتملك - وهى العنصر المعنوى في الحيازة- تدل عليها أمور ومظاهر خارجية يترك تقديرها لمحكمة الموضوع التى يكـــون لهـــا أن تســـتخلص ثبوتها من عدمه دون رقابة عليها من محكمة النقض متى كان استخلاصها سائغا ".

(طعن رقم ٨٣٨ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٤/٣/١٣)

٣- " إذا كـــان الطاعـــن قد دفع أمام محكمة الاستئناف بتملك العقـــار موضوع الدعوى بالتقادم الطويل المكسب وقدم تدليلاً على تغـــير نيته في وضع يده عقداً بشرائه العقار في .... إلا أن الحكم المطعـــون فيه التفت عن التحدث عن هذا المستند رغم دلالته على نيـــته فـــي وضع يده على الأرض منذ هذا التاريخ كما رفض طلبه إحالـــة الدعوى إلى التحقيق لإثبات ذلك على سند من كفاية أوراق

الدعــوى لتكويــن عقــيدة المحكمة لأن وضع يده بصفته مستأجرا لايكسبه ملكيتها مهما طال أمده فإنه يكون معيبا " .

(طعن رقم ٤٠٩١ لسنة ٦٩ ق جلسة ٢٠٠٠/٥/٩ لم ينشر بعد)

٢٦ـ تحول أعمال الإباحـة أو التسامح إلى حيازة تـؤدى إلى التقـادم :

يجوز أن تتحول أعمال الإباحة أو التسامح بتغيير السند إلى حيازة تـؤدى إلــى التقادم، كما يحصل فيما يتعلق بالحيازة العرضية [١]. وذلــك بــأن يقــوم الشــخص بهذه الأعمال بمعارضة حق المالك وإشعاره بأنه يحوز حقا وأنه يقصد استعماله " .

---

(١) الدكــتور محمــد كامل مرسى الملكية والحقوق العينية الجزء الخامس الــتقادم أو مضى المدة ١٣٦١ هــ ، ١٩٤٢م ص ١٠٧- رمضان أبو السعود ص ٣٨٣ .

(عيــوب الحــيــازة)

لا يكفــى لقــيام الحــيازة أن يتوافر لها ركنها المادى وركنها المعــنوى ، وإنمــا يلزم أن تكون هذه الحيازة خالية من العيوب . وعــيوب الحيازة ثلاثة : هى الإكراه (أو عدم الهدوء) ، والخفاء ، واللبس (أو الغموض).

وفــى ذلك تنص الفقرة الثانية من المادة ٩٤٩ مدنى على أنه : "وإذا اقترنت (الحيازة) بإكراه أو حصلت خفية أو كان فيها لبس فلا يكــون لهــا أثر قبل من وقع عليه الإكراه أو خفيت عنه الحيازة أو التبس عليه أمرها ، إلا من الوقت الذى تزول فيه هذه العيوب " .

وعلــى ذلك فإن الحيازة المعيبة حيازة قائمة بعنصريها المادى والمعنوى ، ولكن العيب الذى يشوبها يجعلها غير منتجة لآثارها في مواجهة الشخص الذى يقوم هذا العيب بالنسبة له ، ولكنها صحيحة منتجة لآثارها بالنسبة إلى غيره . وتعاود الحيازة ترتيب آثارها من الوقت الذى يزول فيه العيب الذى لحق بها .

ونعرض لهذه العيوب فيما يلى :

٢٧ـ أولاً : العيب الأول :

عيب الإكراه (أو عدم الهدوء) :

إن أحــد الاعتبارات الهامة التى تقوم عليها حماية الحيازة هى كفالــة الســلم والأمن الاجتماعى ، ومقتضى ذلك ألا تكون الحيازة

نفســها قائمة في أساسها على الإكراه ، وإلا تكون غير جديرة بهذه الحماية .

فيجــب أن تكــون الحــيازة هادئة (paisible) ، فإذا اقترنت بإكراه كانت حيازة معيبة .

والإكــراه الذى يعيب الحيازة هو الذى يصدر من الحائز نفسه أو بفعــل نائــبه أو أحد أتباعه أو من كلف بذلك عند بدء الحيازة ، فإذا حصل الحائز على الحيازة بالقوة أو التهديد ، وبقى محتفظا بها بهذه الصفة دون أن يرتفع عنها وصف الإكراه ، فإن الحيازة تكون مشوبة بعيب الإكراه .

وهــذا الإكــراه الذى يعيب الحيازة ، يستوى أن يستخدم ضد صــاحب الحق أو ضد حائز سابق غير مالك لانتزاع حيازته . كما يستوى أن يكون الحائز شخصيا هو الذى يستعمل وسائل الإكراه أو أعوانه .

كما يستوى أن تكون الحيازة قد انتزعت عنوة بالقوة أو التهديد أو أن يكــون الحائــز السابق قد أذعن للقوة أو التهديد فسلم العين مكرها [١].

غير أنه لايكفى لتوافر الإكراه الإيذاء البسيط وإن كان ليس من الضرورى استعمال أسلحة أو إحداث جروح [٢].

---

(١) السنهورى ص ١١٦٥ ومابعدها – حسام الدين الأهوانى .

(٢) محمد كامل مرسى ص ٩٦ ومابعدها .

ويجــب التمييز بين الإكراه الذى يصدر من الحائز والتعرض الــذى يصـــدر من الغير . فالإكراه ينطوى على أعمال تصدر من الحائز أو نائبه أو أتباعه أو من كلفه بذلك ضد الغير للحصول على الحيازة ، وهذا هو الذى يعيب الحيازة . بينما ينطوى التعرض على أعمال تصدر من الغير ضد الحائز لانتزاع الحيازة منه ، وهذا ليس من شأنه أن يعيب الحيازة، إذ قد يقع هذا التعرض ضد المالك .

ولم يعرف الشارع في هذا الخصوص وسيلة الإكراه وما تحدثه فـــي نفس الغير من أثر على نحو ما فعل بالنسبة إلى الإكراه الذى يعيــب الإرادة في التصرف القانونى . ومع ذلك فإنه تطبق القواعد الـــتى وردت في خصوص التصرف ، عن نوع الإكراه فيصح أن يكـــون الإكراه حسيا (physique) باستعمال القوة ، كما يصح أن يكون إكراه نفسيا (morale) بالتهديد [١]. إلا أنه لايشترط أن تكون أعمـــال الغصب أو التهديد على درجة معينة من الجسامة ، أو أن يكـــون وقعهـــا شديدا بحيث يحمل الحائز على التخلى عن حيازته كـــزها ، بل يكفى أن يصبح وضع اليد قلقا بحيث لايستطيع الحائز الانتفاع بالشيء حسب المألوف والعرف [٢].

---

(١) عبد المنعم الصده ص ٥٥٢ – حسام الأهوانى ص ٢٧٦ .

(٢) المستشـــار محمـــد عبد اللطيف التقادم المكسب والمسقط الطبعة الثانية ١٩٦٦ ص ٢٣٥ .

أمـــا أعمال الإيذاء البسيط فلا تعيب الحيازة ، إذ لو صح القول بـــأن هــذا ممـــا يعيب الحيازة لما استطاع أحد أن يكسب الملكية بالتقادم[١]. والملاحظ أن الإكراه باستعمال القوة المادية أكثر انتشارا في مجال الحيازة .

٢٨ـ الإكراه الذى يحدث أثناء الحيازة :

تـــنص المـــادة ٩٤٩ مدنـــى على أن الحيازة تكون معيبة إذا اقترنـــت بإكـــراه . فالعبرة بالإكراه الذى يقترن ببدء الحيازة . وقد قصـــد المشرع باشتراط اقتران الحيازة بالإكراه أن تكون قد بدأت مشـــوبة بالإكـــراه . أما التعدى الذى يقع في أثناء الحيازة ويمنعه الحائز فلا يشوب الحيازة ، وتظل الحيازة هادئة رغم حدوثه . لأن مـــا يفعله الحائز لايبغى منه إلا رد القوة بمثلها للذود عن حيازته خوفا عليها من الضياع ، إذ لو استسلم بالفعل للقوة لكان ذلك تسليما مـــنه بالـــتخلى عن الحيازة ، فهو يمارس حقا مشروعا دفاعا عن المال[٢].

ولهذا يجب على قاضى الموضوع ، إذا رأى أن هناك نزاعا أو تعكيرا متواصلا للحيازة ، أن يبين متى بدأ هذا النزاع أو التعكير ، وهـــل كـــان مقارنا لبدء الحيازة أو تاليا لبدئها وأثره في استمرار الحيازة .

---

(١) الدكتور محمد كامل مرسى ص٩٧- المستشار محمد عبد اللطيف ٢٣٥.

(٢) المستشـــار علـــى أحمـــد حسن التقادم في المواد المدنية والتجارية فقها وقضاء ص ١٥٠- حسام الدين الأهوانى ص ٢٧٨ .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " يشترط القانون في الحيازة التى تؤدى إلى التملك بالتقادم أن تكــون هادئــة (م٧٦ مصى قديم ، ١/٩٤٩ مدنى جديد) وتعتبر الحيازة غير هادئة إذا بدأت بالإكراه فإذا بدأ الحائز وضع يده هادئا فــإن الــتعدى الــذى يقع أثناء الحيازة ويمنعه الحائز لايشوب تلك الحيازة التى تظل هادئة رغم ذلك . فإذا كان الحكم المطعون فيه قد جرى على أن هناك نزاعا أو تعكيرا متواصلا للحيازة دون أن يبين مــتى بــدأ هذا التعكير وهل كان مقارنا لبدء الحيازة أو تاليا لبدئها وأثــره فــي استمرار الحيازة فإنه يكون قد شابه قصور يستوجب نقضه ".

(طعن رقم ١١٨ لسنة ٢٥ ق جلسة ١٩٥٩/٦/٢٥)

ولاينفى صفة الهدوء عن الحيازة ما يأتى :

١- مجرد حصول تصرف قانونى على العين محل الحيازة .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" وضــع الــيد واقعــة لاينفى قانونا صفة الهدوء عنها مجرد حصــول تصــرف قــانونى علــى العين محل الحيازة ولايعد هذا التصرف تصرفا قاطعا للتقادم ".

(طعن رقم ٦٥ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٨/٤/٩)

٢- مجرد توجيه إنذار إلى الحائز [١].

٣- مجرد حصول منازعة قضائية على العين محل الحيازة[٢].

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

(أ)- " إن مجرد المنازعة القضائية لا ينفى قانونا صفة الهدوء عن الحيازة . فإذا اعتبر الحكم أن صفة الهدوء الواجب توافرها لاكتساب الملكية بالتقادم قد زالت عن الحيازة لمجرد أن منازع الحائز رفع عليه الدعوى باسترداد حيازة العين ثم رفع الدعوى باستحقاقها فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون " .

(طعن رقم ١٤٢ لسنة ١٧ ق جلسة ١٩٤٩/٥/١٢) [٣]

---

(١) المستشار محمد عبد اللطيف ص ٢٣٥ .

(٢) السنهورى ص ١١٦٧ – نبيل سعد ص ٤٨٢ .

(٣) قد خلط الحكم المطعون فيه بين وصف الهدوء في الحيازة وبين شرط ألا تكون الحيازة قد انقطعت مدتها بمثل المطالبة القضائية ، ولذلك لم يحفل بما تمسك به الحائز من أن دعوى استرداد الحيازة التى رفعها عليه خصمه قد حكم بعدم قبولها فزال بهذا الحكم أثرها القاطع للتقادم ، وأن دعوى الاستحقاق قد شطبت فطلب هو بطلان المرافعة فيها ولم يفصل بعد في هذا الطلب الذى يتوقف على الحكم فيه مصير تلك الدعوى وأثرها – هى الأخرى – في قطع التقادم (مجموعة عمر جـ٥ ص ٧٦٥ هامش (١)) .

(ب)- " المقصود بالهدوء الذى هو شرط للحيازة المكسبة للملكية ألا تقترن الحيازة بالإكراه من جانب الحائز وقت بدئها فإذا بدأ الحائز وضع يده هادئا ، فإن التعدى الذى يقع أثناء الحيازة ويمنعه الحائز لايشوب تلك الحيازة التى تظل هادئة رغم ذلك ".

(طعن رقم ٣٣٦ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٥/٦/١٧)

(ج) – يشترط القانون في الحيازة التى تؤدى إلى التملك بالتقادم أن تكون هادئة (م٧٦ مدنى قديم ، ١/٩٤٩ جديد) وتعتبر الحيازة غير هادئة إذا بدأت بالإكراه فإذا بدأ الحائز وضع يده هادئا فإن التعدى الذى يقع أثناء الحيازة ويمنعه الحائز لايشوب تلك الحيازة التى تظل هادئة رغم ذلك . فإذا كان الحكم المطعون فيه قد جرى على أن هناك نزاعا أو تعكيراً متواصلاً للحيازة دون أن يبين متى بدأ هذا التعكير وهل كان مقروناً ببدء الحيازة أو تاليا لبدئها وأثره في استمرار الحيازة فإنه يكون قد شابه قصور يستوجب نقضه .

(طعن رقم ٣١١ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٤/٤/٣٠)

(د)- " المقصـــود بـــالهدوء الـــذى هو شرط للحيازة المكسبة للملكـــية – وعلـــى مـــا جرى به قضاء هذه المحكمة – ألا تقترن الحـــيازة بالإكراه من جانب الحائز وقت بدئها فإذا بدأ الحائز وضع يـــده هادئـــا ، فـــإن الـــتعدى الذى يقع أثناء الحيازة ويمنعه الحائز لايشـــوب تلك الحيازة التى تظل هادئة رغم ذلك . ولما كان الحكم المطعـــون فـــيه قد جرى في هذا الخصوص على أن هناك نزاعا يعيـــب حـــيازة الطاعـــن استنادا إلى محاولة المطعون عليه الأول اســـتلام الأطيان موضوع النزاع بمقتضى الحكم الصادر له بصحة الـــتعاقد ضد المطعون عليها الثالثة ، مع أن هذا لاينفى قانونا صفة الهـــدوء عـــن الحيازة ، فإن الحكم المطعون فيه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون ".

(طعن رقم ٥٥٧ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٧٥/١/١٤)

(هـــ) – " المقصود بالهدوء الذى هو شرط للحيازة المكسبة للملكـــية – وعلـــى مـــا جرى به قضاء هذه المحكمة – ألا تقترن الحيازة بالإكراه من جانب الحائز وقت بدئها . فإن بدأ الحائز وضع يده هادئا فإن التعدى الذى يقع أثناء الحيازة ويمنعه الحائز لايشوب تلك الحيازة التى تظل هادئة رغم ذلك . ولما كان ذلك وكان الحكم

المطعــون فــيه قد جرى في هذا الخصوص على أن هناك نزاعا يشــوب حــيازة الطاعن للأرض استنادا إلى مجرد توقيع الحجز، وكــان الطاعــنون قــد اتخذوا من هذا الحجز موقف المدافع عن حــيازتهم ممــا لايصـــح معه القول بأن حيازتهم كانت معيبة لهذا الســبب ، وإذ كان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر ،مجتزئا في ذلك بالقول بأن حيازة الطاعنين للأرض آنفة الذكر فقدت شرط الهدوء ، فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون ".

(طعن رقم ١٠٨١ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٨١/٦/٧)

(و)- " الحيازة لاتكون غير هادئة إلا إذا بدأت بإكراه " .

(طعن رقم ٤٨٩ لسنة ٥٢ ق جلسة ١٩٨٣/١/٦)

٢٩ـ عيب الإكراه مؤقت :

عيــب الإكراه عيب مؤقت (temporaire)، فالحيازة إذا بدأت عــن طريق الإكراه فإنها لاتظل معيبة أبدا . فإذا انقطع الإكراه فإن العيــب يــزول ، فإذا استمرت الحيازة بعد ذلك فإن الحيازة تكون هادئة . والمقصود بزوال الإكراه ليس فقط زوال مظاهر القوة التى اقترنت بالحيازة بل زوال الرهبة في مواجهة الحائز.

ومن الدلائل الأساسية لزوال الرهبة التى ولدها الإكراه في نفس مـن انتزعـت مـنه الحيازة أن يكون في مقدور من انتزعت منه الحيازة أن يسترجع الشيء ولكنه يتقاعس عن ذلك [١].

فـإذا اغتصب الحائز الحيازة من الغير ، فإن حيازته تبرأ من عيـب الإكـراه فـي الوقت الذى لايكون فيه الحائز مضطرا إلى اسـتعمال الإكـراه ضد من اغتصب منه الحيازة ليحتفظ بها . فإذا اغتصـب شخص أرضا من آخر بالقوة ، وحكما حاول استردادها استعمل القوة ضده ، ظلت الحيازة غير هادئة [٢].

ونص المادة ٢/٩٤٩ صريح في هذا المعنى فهى تقرر أنه "إذا اقترنـت (الحـيازة) بإكـراه أو حصلت خفية أو كان فيها لبس فلا يكـون لها أثر قبل من وقع عليه الإكراه أو أخفيت عنه الحيازة أو التبس عليه أمرها إلا من الوقت الذى تزول فيه هذه العيوب".

وهذا الحكم مخالف لما جرى عليه القانون الرومانى الذى كان لايحمى الحيازة التى بدأت بإكراه . على أن الحكم الوارد في التقنين المدنـى – وهـو مـأخوذ عـن المـادة ٢٢٣٣ فرنسى – تبرره الاعتـبارات العملية التى تقتضى عدم إثارة البحث في الماضى عن منشـأ الحـيازة وأصـلها والصفة التى بدأت بها ، إذ أن إثارة هذا

---

(١) حسام الدين الأهوانى ص ٢٧٩ .

(٢) عبد المنعم البدراوى ص ٤٧١.

البحث تؤدى إلى نشوء منازعات لا حصر لها ، فيكفى أن ثبت إذن أن الحيازة قد استقرت للحائز هادئة من وقت معين حتى يترتب عليها منذ هذا الوقت أثرها القانونى .

ولما كانت الحيازة الصحيحة تبدأ من تاريخ زوال الإكراه ، فإن تمتع الحائز بالحماية القانونية المتمثلة في دعوى استرداد الحيازة ودعوى منع التعرض مرتبط باستمرار الحيازة سنة واحدة منذ زوال الإكراه ، فلا يؤخذ في الاعتبار المدة السابقة على زوال الإكراه .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إذا غصب شخص أطيانا وحكم عليه برد حيازتها فحيازته إياها من وقت تقديم الشكوى الإدارية ضده إلى وقت تنفيذ الحكم الذى صدر عليه لاتعتبر حيازة هادئة ، فلا يصح التمسك بها في دعوى منع التعرض قبل صاحب اليد الذى حصل له تعرض جديد من الغاصب والذى توافرت في وضع يده الشروط القانونية" .

(طعن رقم ٤٦ لسنة ١٢ ق جلسة ١٩٤٣/٢/٢٥)

٣٠- عيب الإكراه نسبى :

الإكراه عيب نسبى لا يتمسك به إلا من وقع عليه الغصب ، فالحيازة تصح أن تعتبر معيبة بالإكراه في مواجهة شخص معين وهادئة بالنسبة لشخص آخر وهذا ما تقضى به الفقرة الثانية من المادة صراحة .

فمثلا إذا تمكن (أ) من وضع يده على عقار (ب) بالقوة ثم رفع (ج) دعـــوى تثبـــت ملكية ضد (أ) ، فإذا دفع (أ) هذه الدعوى بأنه وضع اليد على هذا العقار المدة المكسبة للملكية ، فليس لـــ (ج) أن يحـــج ضـــد (أ) بأن حيازته معيبة أو أنها مشوبة بالإكراه لأن هذا الدفع لايتمسك به إلا (ب) الذى وقع عليه الإكراه [1].

٣١ـ تقديـــر الإكـــــراه فـى الحـيازة مـن سلطة محكمة الموضوع :

تقديـــر ما إذا كانت حيازة الحائز معيبة بعيب الإكراه أم ليست كذلـــك مما يخضع لتقدير محكمة الموضوع . ولها استخلاص ذلك مـــن واقعـــات الدعـــوى وملابساتها ، كما لها في سبيل ذلك إحالة الدعوى إلى التحقيق .

وقد قضت محكمـة النقض بـأن :

" إذا استخلصـــت المحكمـــة استخلاصا سائغا من التحقيق ومن انتقالها لموقع النزاع ومن أقوال الخصم نفسه أنه لم يضع يده على العين المتنازع عليها إلا حديثا ومن عهد قريب ، وأن وضع يده لم يكـــن هادئـــا ، فذلك من التقديرات الموضوعية التى لامعقب عليها لمحكمة النقض " .

(طعن رقم ٨٩ لسنة ١٣ ق جلسة ١٩٤٤/٥/٤)

---

(١) المستشـــار محمـــد عبد اللطيف ص ٢٣٨ - المستشار على حسن ص ١٥١.

٣٢ـ ثانياً : العيب الثانى :
عيب الخفاء (أو عدم العلانية) :

يجــب أن تكون الحيازة ظاهرة أى علنية (puldique) ، أى مــبرأة من عيب الخفاء أو عدم العلانية . فإذا حصلت الحيازة خفية كانت حيازة معيبة .

وتكــون الحــيازة مشوبة بعيب الخفاء (clan destinite) إذا كانــت الأعمال التى يباشرها الحائز على الشيء ليس من شأنها أن تظهــر الحيازة للجمهور ، وعلى الأخص من لهم مصلحة في العلم بهــا . ذلــك أن الحائز يجب أن يباشر الأعمال المادية للحيازة كما يباشــرها صــاحب الحــق ، حيث يتعين أن يظهر الحائز بمظهر صاحب الحق، وهذا لايخفى ما يقوم به (١).

ومــن ثم فإن عيب الخفاء كعيب الإكراه يشوب الركن المادى للحيازة .

ويســتوى أن يكون الحائز قد تعمد إخفاء الحيازة أم لم يكن قد تعمد هذا الإخفاء ، ففى كلا الحالين يقوم العيب ، لأنه يأتى من عدم ظهور الحيازة لمن يحتج عليهم بها ، وهذا يتوفر سواء كان الخفاء عن قصد من الحائز أم لم يكن عن قصد منه .

---

(١) عبد المنعم الصده ص ٥٥٢- عبد المنعم البدراوى ص ٤٧٢- الدكتور جمــيل الشــرقاوى الحقــوق العينية الأصلية الكتاب الأول حق الملكية ١٩٧٤ ص ٢٨٩ .

وليس المقصود بالخفاء جهل من تسرى ضده الحيازة بأمرها ، بـــل المقصـــود هو خفاء الحيازة في ذاتها . أما إذا استعمل الحائز الشـــيء بشـــكل ظاهر وعلنى ولكن المالك لم يعلم بالحيازة لسبب يـــرجع إلـــيه كغيبته أو إهماله لم تكن الحيازة خفية لهذا السبب [١]. فإذا وضع الحائز علامات ظاهرة ليدلل بها على حيازته للشيء فلا يجوز للمالك أن يجهل هذه الحيازة بسبب غيابه أو عدم يقظته [٢].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " الحيازة التى تصلح أساسا لتملك المنقول أو العقار بالتقادم، وإن كانـــت تقتضـــى القيام بأعمال مادية ظاهرة في معارضة حق المالك على نحو لا يحمل سكوته فيه على محمل التسامح ولايحتمل الخفـــاء أو اللبس في قصد التملك بالحيازة ، كما تقتضى من الحائز الاســـتمرار في استعمال الشيء بحسب طبيعته ، وبقدر الحاجة إلى اســـتعماله ، إلا أنه لا يشترط أن يعلم المالك بالحيازة على اليقين ، وإنما يكفى أن تكون من الظهور بحيث يستطيع العلم بها ، ولايجب علـــى الحائزأن يستعمل الشيء في كل الأوقات دون انقطاع ، وإنما يكفـــى أن يســـتعمله كما يستعمله المالك في العادة ، وعلى فترات متقاربة منتظمة " .

---

(١) السنهورى ص ١١٦٢ – عبد المنعم البدراوى ص ٤٧٣ .
(٢) المستشار على أحمد حسن ص ١٥٢.

(طعن رقم ٣٨٧ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧٣/٢/٨)

٢- " الحيازة التى تصلح أساسا لتملك المنقول أو العقار بالتقادم، وإن كانت تقتضى القيام بأعمال مادية ظاهرة في معارضة حق المالك على نحو لايحمل سكوته فيه على محمل التسامح ولايحتمل الخفاء أو اللبس في قصد التملك بالحيازة ، كما تقتضى من الحائز الاستمرار في استعمال الشيء بحسب طبيعته وبقدر الحاجة إلى استعماله . إلا أنه لايشترط أن يعلم المالك بالحيازة علم اليقين ، إنما يكفى أن تكون من الظهور بحيث يستطيع العلم بها ".

(طعن رقم ٩٢٧ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٧٨/١١/١٦)

وإن كان وضع اليد خفيا عند بدئه ، ثم زال هذا العيب وأصبح ظاهرا ، فإنه الحيازة تكون ظاهرة من وقت زوال العيب . أما إذا كان وضع اليد ظاهرا عند بدئه ، ثم أصبح خفيا ، فإن الحيازة لاتكون ظاهرة من اليوم الذى تصبح فيه خفية (١).

ويتحقق عيب الخفاء عادة بالنسبة إلى المنقولات ، إذ أن هذه أشياء يسهل إخفاؤها . أما العقارات فمن النادر أن تحصل حيازتها خفية ، لأن يصعب من الناحية العملية أن يسكن الحائز مثلا منزلا أو يزرع أرضا في الخفاء .

---

(١) محمد كامل مرسى ص ٩٣ – المستشار على أحمد حسن ص ١٥٢ .

ومن الأمثلة النادرة التي يمكن أن نسوقها في هذا الخصوص على حيازة العقار خفية ما يأتي :

١- أن يقوم شخص بتوسيع كهف في أسفل منزله عن طريق سرداب يحفره تحت أرض جاره ، دون أن يشعر الجار بذلك ، ودون أن يترك صاحب الكهف علامة ظاهرة تنم عن السرداب الذى حفره تحت أرض الجار . ففى هذه الحالة تكون حيازة صاحب الكهف للسرداب حيازة خفية ، لايحتج بها على الجار عن طريق التملك بالتقادم (١).

٢- أن يتعمد الجار المرور في الأرض المجاورة في أوقات لايراه فيها مالكها ، إذ في هذه الحالة لايكسب الجار ارتفاقا بالمرور مهما طال الزمن الذى كان يمر فيه على هذا النحو ، لأن حيازته تكون مشوبة بعيب الخفاء (٢).

٣- أن يعمد الجار إلى اغتصاب أرض جاره وأخذ يزرعها تدريجيا جزءا بعد جزء أو يمد إليها بناءه دون أن يشعر الجار بذلك

---

(١) السنهورى ص ١١٦١ .

(٢) عبد المنعم الصده ص ٥٥٣ – جميل الشرقاوى ص ٢٨٩.

ودون أن تكون هناك علامات ظاهرة تنم عن مجاوزة الحائز لحدود ملكه (١).

٣٣ـ عيب الخفاء نسبى :

عيب الخفاء (أو عدم العلانية) عيب نسبى لايتمسك به إلا صاحب المصلحة التى لم تكن الحيازة ظاهرة له كالمالك .

وعلى هذا نصت الفقرة الثانية من المادة ٩٤٩ بقولها : "وإذا اقترنت (الحيازة) بإكراه أو حصلت خفية أو كان فيها لبس فلا يكون لها أثر قبل من وقع عليه الإكراه أو أخفيت عنه الحيازة أو التبس عليه أمرها إلا من الوقت الذى تزول فيه هذه العيوب" .

---

(١) السنهورى ص ١١٦١ – عبد المنعم الصده ص ٥٥٣– منصور مصطفى منصور ص ٣٩٨ – جميل الشرقاوى ص ٢٨٩– محمود جمال الدين زكى ص ٥٢٠– نبيل سعد ص ٤٨٣– وعكس ذلك المستشار محمد عبد اللطيف ص ٢٤١ فيذهب إلى أن هذه الأعمال أعمال ظاهرة وعلى هذا تعتبر الحيازة على هذا النحو منتجة لآثارها القانونية ، لأنه لايجوز أن يكون المالك جاهلا الغصب الواقع على أرضه حتى ولو ضئل قدره ، فالعبرة في الحيازة في هذه الحالة هو أن يكون فعل الغصب الواقع على أرض المغتصب منه ظاهرا بحيث لايخفى عليه أمره مهما قلت مساحة القدر المغتصب .

فـــإذا كانـــت الحـــيازة ظاهرة للمالك ، ولكنها خافية على باقى الـــناس ، فـــإن الحـــيازة تنتج أثرها في مواجهة المالك ولايستطيع التمسك بعدم علانيتها (١).

وإذا كان المستأجر قد غير صفة حيازته إلى حيازة كاملة بفعل الغير ، بأن استصدر لنفسه عقد بيع للعين من الغير ، ولكنه استمر في الوفاء بالأجرة للمؤجر فإن الحيازة تكون خفية بالنسبة للأخير.

٣٤ـ عيب الخفاء مؤقت :

عيـــب الخفـــاء فـــي الحيازة عيب مؤقت ، يزول من وقت أن تصـــبح الحـــيازة ظاهـــرة ، أى من وقت أن يباشر الحائز حيازته بطريقة علنية كما يفعل صاحب الحق ذاته .

فإذا بدأت الحيازة خفية وبقيت كذلك مدة معينة ، ثم ظهرت بعد ذلـــك ، فإنه لا يعتد بالمدة التى بقيت فيها الحيازة خفية ، وإنما يعتد بالحـــيازة من تاريخ ظهورها ونص المادة ٢/٩٤٩ صريح في هذا المعـــنى فهـــى تنص على أنه : " وإذا اقترنت (الحيازة) بإكراه أو

---

(١) السنهورى ص ١١٦٢ ومابعدها – محمد كامل مرسى ص ٩٣ – حسام الدين الأهوانى ص ٢٨٣ .

وهـــناك رأى يذهب إلى أن عيب الخفاء عيب مطلق ، فلا يعتد بالحيازة إلا إذا كانـــت ظاهـــرة أمام جميع الناس . فإذا خفيت على بعض الناس دون البعض ، كانت الحيازة مشوبة بعيب الخفاء ، حتى لو كانت ظاهرة لصـــاحب الحـــق نفسه ، ولكن هذا الرأى لم يسد (مشار إليه في مؤلف كامل مرسى ص ٩٣ ، والسنهورى ص ١١٦٣).

حصلت خفية أو كان فيها لبس فلا يكون لها أثر قبل من وقع عليه الإكراه أو أخفيت عنه الحيازة أو التبس عليه أمرها إلا من الوقت الذى تزول فيه هذه العيوب " .

ولما كانت الحيازة الصحيحة تبدأ من تاريخ زوال الخفاء ، فإن تمتع الحائز بالحماية القانونية المتمثلة في دعوى استرداد الحيازة ودعوى منع التعرض مرتبط باستمرار الحيازة سنة واحدة منذ زوال الخفاء . فلا يؤخذ في الاعتبار المدة السابقة على زوال الخفاء .

٣٥- تقدير عيب الخفاء :

استخلاص عيب الخفاء هو مما يتعلق بالواقع في الدعوى ، تستخلصه المحكمة من ظروف الدعوى وملابساتها ، دون رقابة عليها من محكمة النقض طالما كان استخلاصها سائغا .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " لمحكمة الموضوع السلطة المطلقة في التحقق من ثبوت وقائع الدعوى وفى تقديرها ، مجردة عن أى اعتبار آخر أو مضافة إليها الظروف التى اكتنفتها واستخلاص ما قصده أصحاب الشأن منها ، فإذا كان التملك بمضى المدة يقتضى قانونا الظهور بمظهر المالك فهى التى تستخلص هذه النية بحسب ما يقوم باعتقادها من وقائع الدعوى وملابساتها . وعلى ذلك فإذا استنتجت المحكمة من

الوقائع أن انتفاع واضع اليد إنما كان مبناه التسامح الذى يحدث بين الجـيران فذلـك لايخـرج عن حدود سلطتها ولا رقابة عليها فيه لمحكمة النقض ".

(طعن رقم ١٣ لسنة ١ ق جلسة ١٩٣١/١٢/١٠)

٢- " إن تحقق صفة الظهور في وضع اليد أو عدم تحققها هو ما يدخل في تحصيل فهم الواقع في الدعوى فإذا كان الحكم قد أقيم علـى أسـباب مبررة لقضائه فلا سبيل عليه لمحكمة النقض . فإذا كانت المحكمة قد استخلصت ، من كون المدعى قد قدم إلى المجلس المحلـى طلـبى إدخال الكهرباء والماء في المنزل محل الدعوى مصرحا في كلا الطلبين بأن المالك هو شخص آخر غيره، فإن نية تملكـه للمـنزل لم تكن إلى أن وقع هذين الطلبين إلا نية مستترة ، ورتبت على ذلك أن وضع يده لم يكن ظاهرا على النحو المطلوب قانونا ، فحكمها بذلك لا معقب عليه " .

(طعن رقم ٣٥ لسنة ١٦ ق جلسة ١٩٤٧/١/١٦)

٣- " لمحكمـة الموضوع السلطة التامة في التحقق من استيفاء الحـيازة للشـروط التى يتطلبها القانون ، ولا سبيل لمحكمة النقض عليها مادامت قد أقامت قضاءها على أسباب سائغة " .

(طعن رقم ٩٢٧ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٧٨/١١/١٦)

٣٦ـ العيب الثالث :

عيب اللبس (أو الغموض) :

يجـب أن تكون الحيازة واضحة ، فإذا شابها لبس أو غموض équivoque كانت حيازة معيبة .

وتكون الحيازة مشوبة بعيب اللبس أو الغموض إذا أحاطت بها ظروف تثير الشك في أن الحائز يباشر سلطته على الشيء لحساب نفسـه ، بمعنى أن الأعمال التى يقوم بها يمكن أن تحتمل معنيين ، فيصـح أن تحمل على أنه يريد الاستئثار بالحق لنفسه ، كما يصح أن تحمل على أنه يحوز لحساب غيره [(١)].

---

(١) السـنهورى ص ١١٧٢ – عبد المنعم البدراوى ص ٤٧٤ – عبد المنعم الصـده ص ٥٥٣– وكانت المحاكم تخلط بين عيب الخفاء وبين اللبس أو الغمـوض. ومـن ذلك ما قضت به محكمة استئناف مصر في ٣٠ أبـريل ١٩٣٠ بأنه: " لأجل التمسك بوضع اليد المدة الطويلة يجب أن تكون يد الغاصب ظاهرة أمام المالك الأصلى بأفعال دالة على نية التملك بغير لبس ولا إيهام " . وظاهر أن الخفاء لايعيب نية التملك إنما يعيبها اللـبس أو الإبهـام ، وهـو مـا حصلته المحكمة في واقعة الدعوى . ونصـادف هـذا الخلـط نفسه في قول المحكمة نفسها في قضية أخرى بـتاريخ ٢٠ أبريل سنة ١٩٣١ بقولها : " من ادعى أنه شغل أرضا من أراضـى البـناء بسيارات وحدائد وصفائح بأن وضعها في العراء مدة طويلـة ، فـإن إشـغاله الأرض على هذه الصورة غير جائز للصفات الكافـية للإعلام بنية تملك العين إذ أنها من أراضى البناء التى يستلزم التدليل على التظاهر بملكيتها إحداث منشآت مستقرة بها لاسيما إذا طال أمد اغتصابها " .

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأن :

" إذا كانت وزارة الأوقاف – الطاعنة – لم تدع أنها تضع اليد علـــى أعيان الوقف بما في ذلك النصيب الذى يطالب به المطعون علـــيهم بصـــفتها مالكـــة وأنها تتصرف فيه تصرف المالك ، وإنما ظاهـــر الحـــال أنهـــا وضعت اليد على الوقف شاملا الحصة التى يســـتحقها المطعـــون علـــيهم بصفتها ناظرة أو حارسة طبقاً للمادة الخامســـة مـــن القانون ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ بإنهاء الوقف على غير الخـــيرات ، وهـــى بهذه الصفة أو تلك أمينة على ما تحت يدها ، فلايجوز لها دفع دعوى المطعون عليهم ضدها بعدم السماع ، بزعم أنهـــا تملكت نصيبهم بمضى المدة ، لأن يدها على الأموال يشوبها الغموض ، فلا يعرف إن كانت امتدادا لحيازتها كناظرة أوحارسة، أو بنية الملك ، والأصل بقاء ما كان على ما كان فمادامت حيازتها بـــدأت علـــى سبيل النظر أو الحراسة فلا يفترض أنها صارت بنية الملك حتى تجيز الدفع بعدم سماع الدعوى ، إلا إذا كان بتغيير سبب وضـــع الـــيد بفعل إيجابى له مظهر خارجى ، يجبه حق المطعون عليهم بالإنكار الساطع والمعارضة العلنية ، ولايكفى في هذا مجرد

وواضح هنا أن وضع سيارات وحدائد وصفائح في أرض مملوكة للغير عمل ظاهر للعيان ولايمكن معه القول بخفاء وضع اليد ، إنما قد يحمل ســـكوت المـــالك على هذا العمل على أنه من قبيل التسامح الذى لاتقوم عليه الحيازة (محمد على عرفه ص ١٣٣ وما بعدها) .

الامتــناع عــن دفع الاستحقاق في الريع ، أما عن النص في المادة ٣٧٥مــن اللائحة على عدم سماع الدعوى في الإرث والوقف بعد ثــلاث وثلايــن سنة فمجال تطبيقه أن يكون لأجنبى أو الوارث أو ناظــر الوقــف، الذى يتمسك بعدم السماع قد وضع يده على عين معيــنة بذاتهــا بالشروط السابق بيانها طيلة المدة المطلوبة . وعلى هــذا فــلا تملــك وزارة الأوقاف الطاعنة الدفع بعدم سماع دعوى اســتحقاق مــورث المطعون عليهم في الوقف المؤدى إلى تملكهم للحصة المستحقة طبقاً للقانون ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ بإلغاء نظام الوقف على غير الخيرات .

(طعن رقم ١١ لسنة ٤٦ ق" أحوال شخصية" جلسة ١٩٨٠/٤/٩)

ومن أمثلة الحيازة الغامضة ما يلى :

١ـ **فى الملكية الشائعة** : استقلال أحد الشركاء على الشيوع بحيازة المــال الشائع جميعه ، فإن حيازته لحصص سائر الشركاء لاتعتبر حــيازة حقيقــية تجيز له تملكها بالتقادم. والسبب في ذلك أنه لايعلم بشكل يقينى قاطع للشك ما إذا كان يحوزها استقلالا ولحسابه أم أنه يحوزهــا بالنيابة عن سائر الشركاء. على أن هذا لايعنى أن حيازة الشــريك للمــال الشــائع أو حيازة الوارث لأعيان التركة لا يمكن بمجردها أن تكون حيازة صحيحة مؤدية إلى كسب الحق بالتقادم . فالمســألة مــرجعها إلى اللبس الذى يشوب مثل هذه الحيازة عادة،

بحيث أنه إذا انتفى هذا اللبس ، فظهر بشكل واضح أن الشريك أو الوارث بنكر على الشركاء أو الورثة الآخرين حقهم ويباعد بينهم وبين الشيء الذى يحوزه فإن حيازته تكون صحيحة[١]، وذلك بأن يأتى هذا الشريك أو الوارث بأعمال تقطع بنيته في الاستئثار بالمال جميعه لحسابه دون باقى الشركاء أو الورثة [٢].

٢ـ **المساكنة** : قد يكون هناك شخص يموت ويوجد في منزله أشياء كمجوهرات أو أثاث أو أوراق مالية أو منقولات أخرى تكون في حيازة زوجته أو وارث يعيش معه ، أو رفيقة يعاشرها ، أو خادم ، أو أحد من أتباعه مما يعيشون معه . فالمعاشرة وحدها قد لاتكفى لتعييب الحيازة ، ولكنها قد تشوب الحيازة بعيب الغموض إذا التبس الأمر وكانت حيازة أحد هؤلاء ممن كانوا يعيشون مع الميت تحتمل أن تكون حيازة لحساب نفسه أو أن تكون حيازة لحساب الميت بحكم المعاشرة . أو يدعى أحدهم أن هذه الأشياء وهبت له . فإذا احتج الحائز بهذه الحيازة أمكن القول بأنها حيازة مشوبة بعيب الغموض أو اللبس ، لأنه لايتضح من الحائز لهذه الأشياء على وجه التحديد[٣].

---

(١) عبد المنعم الصده ص ٥٥٤ .

(٢) عبد المنعم الصده ص ٥٥٤ – عبد المنعم البدراوى ص ٤٧٥– رمضان أبو السعود ص ٣٩٦ وما بعدها .

(٣) السنهورى ص ١١٧٢ ومابعدها – عبد المنعم البدراوى ص ٤٧٤.

٢- المرور في أرض فضاء :

المرور في أرض فضاء لايكفي وحده لتملكها بوضع اليد مهما طـــال أمـــده لأنه ليس إلا مجرد انتفاع ببعض منافع العقار لايحول دون انـــتفاع الغـــير بالمرور فيها أو بفتح المطلات أو غير ذلك ، ولايعبر عن نية التملك بصورة واضحة لا غموض فيها .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

(أ) – "إن المرور في أرض فضاء لايكفي وحده لتملكها بوضع الـــيد مهمـــا طـــال أمده لأنه ليس له إلا مجرد انتفاع ببعض منافع العقـــار لايحول دون انتفاع الغير به بالمرور أو بفتح المطلات أو بغير ذلك، ولايعبر عن نية التملك بصورة واضحة لاغموض فيها ".

(طعن رقم ٢٣ لسنة ١٤ ق جلسة ١٩٤٥/١/١١)

٣- " إذا ادعـــت الدولة أنها اكتسبت ملكية قطعة أرض بالتقادم بســـبب مـــرور الـــناس عليها ، فإن الحيازة على هذا النحو تعتبر غامضـــة ، إذ يشترط لكي تصبح الأرض ضمن الأموال العامة أن تقـــيم الحكومة الدليل على أنها وضعت اليد عليها بنية التملك ، بأن تولت صيانتها والإشراف عليها بعد أن أصبحت مطروحة لمصلحة الجمهور [١].

---

(١) اســـتئناف مصر العليا أول ديسمبر سنة ١٩٠٩ – المستشار محمد عبد اللطيف ص ٢٤٣ .

٣٧- عيب الغموض مؤقت :

عيـب الغموض عيب مؤقت يزول متى كشف الحائز عن نيته في التملك ، كما لو أتى أعمالا أو أفعالا مادية تقطع في الدلالة على أنـه يضع اليد بصفة مالك . أى من الوقت الذى يرتفع فيه أى شك حول حقيقة نية الحائز .

ولاتحسـب المـدة التى ظلت فيها الحيازة غامضة ضمن مدة الحـيازة . وإنما تحسب مدة الحيازة من تاريخ زوال هذا الغموض، وتنتج الحيازة بالتالى آثارها (١).

ولما كانت الحيازة الصحيحة تبدأ من تاريخ زوال الخفاء ، فإن تمـتع الحائز بالحماية القانونية المتمثلة في دعوى استرداد الحيازة ودعـوى مـنع التعرض مرتبط باستمرار الحيازة سنة واحدة منذ زوال الخفاء. فلا يؤخذ في الاعتبار المدة السابقة على زوال الخفاء.

ويتضـح من هذا أن عيب اللبس على خلاف العيبين السابقين- عيـب الإكراه (أو عدم الهدوء) وعيب الخفاء (أو عدم العلانية) - يشـوب الركن المعنوى للحيازة ، لأنه عبارة عن الشك الذى يثور بالنسبة إلى نية الحائز (٢).

---

(١) عـبد المنعم البدراوى ص ٤٧٥ - نبيل سعد ص ٤٨٤- محمود جمال الدين زكى ص ٥٢٣.

(٢) وقد كان هناك رأى يذهب إلى أن اللبس ليس عيبا خاصا للحيازة يتميز عن العيوب الأخرى . وإنما هو عبارة عن الشك الذى يثور بالنسبة إلى

إحـــدى صفات الحيازة كصفة الظهور مثلا يجب في الحيازة لكى تكون منـــتجه لآثارها أن تستخلص صفاتها من الأعمال التى يباشرها الحائز بطـــريقة واضحة لاشك فيها (أوبرى درى جـ٢ فقرة ١٧ وهامش ٨١ مشار إليه بمؤلف الصده ص ٥٥٥) . وقد لوحظ على هذا الرأى أنه يرد المســـألة إلـــى ثبوت الصفات الأخرى للحيازة على نحو مؤكد ، مع أن اللبس عيب مستقل عن العيوب الأخرى ، لأنه على خلافها يشوب الركن المعنوى دون الركن المادى (عبد المنعم الصده ص ٥٥٥).

كمـــا ذهب رأى آخر إلى أن اللبس يعنى عدم وجود الحيازة ، لأنه يهدم ركـــنها المعنوى (محمد على عرفه ص ١٢٩) . ويؤخذ على هذا الرأى أنـــه يـــتعارض مع كون العنصر المعنوى مفترض قيامه لدى الحائز ، بحيث لايكون الحائز في حاجة إلى إثباته . ومادام أن اللبس عبارة عن الشـــك الـــذى يوجد بالنسبة إلى نية الحائز ، فلا يكون هناك دليل على تخلف العنصر المعنوى للحيازة ، ومن ثم تعتبر الحيازة قائمة .

والواقع أن اللبس عيب مستقل عن عيوب الحيازة الأخرى ، وهو يشوب الركن المعنوى للحيازة ولايهدمه ، إذ أنه يثير الشك في توافر هذا الركن دون أن يـــدل على انتفائه . وهذا هو الرأى الذى يكاد ينعقد عليه إجماع الفقه الحديث (السنهورى ص ١١٧٤ ومابعدها – عبد المنعم الصده ص ٥٥٥ ومابعدها – رمضان أبو السعود ص ٣٩٧ – المستشار على أحمد حسن ص ١٥٣) – وهو الرأى الذى أخذ به الشارع في الفقرة الثانية من المـــادة ٩٤٩ مدنى . وبفضل هذا العيب يستطيع القضاء أن يخفف من النـــتائج الـــتى تترتب على افتراض العنصر المعنوى لدى الحائز . فإذا كانت الحيازة تعتبر قائمة حتى ولو كان العنصر المعنوى مفترضا ، إلا أن اللبس الذى يشوب هذا العنصر يجعل الحيازة غير منتجة لآثارها.

٣٨ـ عيب الغموض نسبي :

عيب الغموض أو اللبس عيب نسبي . شأنه في ذلك شأن عيب الإكراه (أو عدم الهدوء) وعيب الخفاء (أو عدم الظهور). فلا يكون له أثر إلا قبل من التبس عليه أمر الحيازة من حيث القصد كالمالك. أما بالنسبة لغيره فإنه يحتج عليه بالحيازة .

وعلـــى هذا نصت الفقرة الثانية من المادة ٩٤٩ مدنى صراحة بقولها :

" وإذا اقترنـــت (الحـــيازة) بإكراه أو حصلت خفية أو كان فيها لـــبس فـــلا يكون لها أثر قبل من وقع عليه الإكراه أو أخفيت عنه الحـــيازة أو التـــبس عليه أمرها إلا من الوقت الذى تزول فيه هذه العيوب ".

وبتطبيق ذلك على المثال الذى قدمناه عن الحيازة الغامضة عند الشـــريك فـــي الشـــيوع ، لايكـــون لعيب الغموض من أثر إلا قبل الشـــركاء الآخريـــن فـــي الشـــيوع ، فلا يحتج عليهم بهذه الحيازة الغامضة . ولكن يحتج بها على غير هؤلاء الشركاء .

وبتطبيقه على المثل الذى قدمناه عن الحيازة الغامضة عند من كـــانوا يعيشون مع المتوفى قبل وفاته ، لا يكون لعيب الغموض من أثـــر إلا قـــبل مـــن كانوا يساكنون المتوفى ، فلا يحتج عليهم بهذه الحيازة الغامضة ، ولكن يحتج بها على غيرهم (١).

---

(١) الســـنهورى ص ١١٧٥ – عـــبد المنعم الصده ص ٥٥٦– عبد المنعم البدراوى ص ٤٧٥ ومابعدها – منصور مصطفى منصور ص ٣٩٨–

٩- تقدير الحيازة الغامضة من سلطة محكمة الموضوع :

تقديـر مـا إذا كانـت الحيازة غامضة من عدمه، من المسائل الموضـوعية الـتى تسـتقل محكمة الموضوع بتقديرها من وقائع الدعوى وملابساتها ، ولا رقابة عليها في ذلك لمحكمة النقض [١].

١٠- العيب الرابع :

عدم الاستمرار (أو التقطع) :

يذهـب رأى فـي الفقـه إلى اعتبار عدم استمرار الحيازة أو تقطعها من عيوب الحيازة [٢].

وكانت المادة (١٣٩٩) من المشروع التمهيدى المقـابلة للمادة (٩٤٩ مدنـى) تـنص في فقرتها الثانية على هذا العيب بقولها : "وكذلك لاتقوم الحيازة على أعمال متقطعة " – وجاء عنها بمذكرة

المستشـار محمـد عبد اللطيف ص ٢٤٥ – وعكس ذلك محمود جمال الديـن زكـى ص ٥٢٤ فيذهب إلى أن الأثر النسبى لعيب الغموض أو اللـبس لايـتفق مـع طبـيعة العيب ، الذى يلحق العنصر المعنوى في الحـيازة، مثيرا الشك حول وجوده ، والذى يقوم في الواقع في مواجهة الكافة ، ولذا فإنه يرى أنه عيب مطلق كعيب عدم الاستمرار الذى يلحق العنصـر المادى للحيازة ، على نقيض الإكراه أو الخفاء اللذين يقترنان بالحيازة ، ولايلحقان عنصرا فيها ، ويتصفان لذلك بالنسبية .

(١) المستشار محمد عبد اللطيف ص ٢٤٥.

(٢) السنهورى ص ١١٥١ وما بعدها – محمد كامل مرسى ص ٩٨- محمد علـى عرفه ص ١٣٤ ومابعدها – محمود جمال الدين زكى ص ٥١٧ وما بعدها – رمضان أبو السعود ص ٣٩٣ ومابعدها .

المشـــروع التمهـيدى أنه : " ويجب أن تتوافر في الحيازة شروط معيـنة هـى الاسـتمرار والهـدوء والظهور والوضوح فالحيازة المتقطعة ، والحيازة بإكراه ... إلخ " .

إلا أن عـبارة " وكذلـك لا تقوم الحيازة على أعمال متقطعة " حذفت في لجنة المراجعة ، دون بيان سبب الحذف ، واكتفت اللجنة بالإشـارة إلـى أنها أقرت المادة (١٣٩٩) مع تعديل لفظى يجعل الحكم أوضح وأدق (١).

والمقصـود بالاسـتمرار فـي الحـيازة، أن يكون وضع اليد مستمرا، ويتكون الاستمرار من قيام واضع اليد بجميع الأعمال التى تتطلـبها طبـيعة الحق الذى يدعيه على الشيء ، وأن يحصل ذلك بانتظام وبدون انقطاع مدة غير عادية قد يتصور معها تخلى الحائز عن الشيء ، وبعبارة أخرى يجب أن يكون في تصرف واضع اليد ما يشعر بأنه صاحب الحق . فيعتبر وضع اليد على أرض زراعية مسـتمرا بتوالى زراعتها في المواسم المختلفة ، كما أن وضع اليد علـى مـنزل يكون مستمرا بسكناه أو بتأجيره للغير . وليس معنى ذلك أنه يتعين على واضع اليد على المنزل أن يلازمه ولايتركه أى فـترة مـن الزمن ، بل إن تركه إياه لمدة عادية لايجعل وضع يده معيبا بعيب الانقطاع ، مادام أنه من الطبيعى أن يترك المالك منزله

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٦ ص ٤٤٩ ومابعدها .

بنـــية العــودة إلـــيه . أما إذا هجره لمدة طويلة دون أن يعود إليه خلالهـــا، فـــإن ذلـــك يعيب حيازته بحيث يصبح في وسع كل ذى مصلحة أن ينكر عليه حيازته .

وإذا حـــاز شخص مرعى لرعى المواشى فإن انتفاعه بالأرض يكـــون مقصورا على الرعى ، وهذا يقضى أن يستعمل الأرض في أوقات معينة هى أوقات الرعى ، وأن ينقطع عن استعمالها في غير هـــذه الأوقـــات ، ولايعتـــبر هـــذا الانقطاع إخلالا بالاستمرار في حيازته.

وإذا انقطع الحائز عن وضع يده على الشيء نتيجة قوة قاهرة، كفيضـــان أغرق الأراضى ، أو غزو العدو لمدينة مما أجبر سكانها على هجرها ، فإن ذلك الانقطاع القهرى لايعيب وضع اليد .

وهذا الرأى هو ما يسير عليه القضاء [1].

---

(١) ويذهـــب بعـــض الشـــراح إلى أن استمرار الحيازة إنما هو أمر يتصل بالعنصـــر المـــادى للحيازة . ومعنى ذلك أن عدم استمرار الحيازة ليس مجـــرد عيـــب ، وإنما هو يحول دون قيام الحيازة، لأن مقتضاه تخلف ركنها المادى . ويتضح هذا المعنى من نص المادة ١٣٩٩ فقرة ثانية من المشـــروع التمهـــيدى ، وهى التى تقابل المادة ٩٤٩ فقرة ثانية مدنى ، حيـــث كانـــت تجرى على الوجه الآتي : "وكذلك لاتقوم الحيازة على أعمال متقطعة ، أما إذا اقترنت بإكراه أو حصلت خفية أو كان فيها لبس فـــلا يكـــون لها أثر قبل من وقع عليه الإكراه أو أخفيت عنه الحيازة أو التـــبس عليه أمرها إلا من الوقت الذى تزول فيه هذه العيوب". فالعبارة

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " الحيازة التى تصلح أساسا لتملك المنقول أو العقار بالتقادم، وإن كانت تقتضى القيام بأعمال مادية ظاهرة في معارضة حق المالك على نحو لايحمل سكوته فيه على محمل التسامح ولايحتمل الخفاء أو اللبس في قصد التملك بالحيازة ، كما تقتضى من الحائز الاستمرار في استعمال الشيء بحسب طبيعته ، وبقدر الحاجة إلى

الأولى من هذه الفقرة معطوفة على الفقرة الأولى التى تنص على أنه لاتقوم الحيازة على عمل يأتيه الشخص على أنه مجرد رخصة أو عمل يتحمله الغير على سبيل التسامح ، أما العيوب الثلاثة فتأتى بعد ذلك مستقلة في حكمها . وقد حذفت لجنة المراجعة هذه العبارة كى يكون الحكم أوضح وأدق . فجاء النص قاصرا على ذكر العيوب الثلاثة . ومما يدل على صحة النظر أن الشراح الذين يعتبرون عدم الاستمرار عيبا في الحيازة يذهب بعضهم إلى أنه عيب مطلق يقوم بالنسبة إلى الكافة . وذلك على خلاف العيوب الأخرى التى تعتبر عيوبا نسبية، بينما يسكت البعض الآخر فلا يذكر ما إذا كان هذا العيب مطلقا أم نسبيا . والواقع أن ما يمس الحيازة في تكوينها هو الذى يكون مطلقا يحتج به الكافة ، أما مجرد العيب الذى يشوب حيازة قائمة فيكون نسبيا لايحتج به إلا من قام العيب بالنسبة إليه .

ويتضح من هذا أن الشارع كان علي حق، إذ إعتبر عيوب الحيازة هي فحسب العيوب الثلاثة التي وردت في النص (عبد المنعم الصده ص ٤٥٧ ومابعدها – عبد المنعم البدراوى ص ٤٦٨- منصور مصطفى منصور ص ٣٩٥ هامش (١) – المستشار محمد عبد اللطيف ص ٢٣٣ ومابعدها).

استعماله ، إلا أنه لايشترط أن يعلم المالك بالحيازة علم اليقين ، وإنما يكفى أن تكون من الظهور بحيث يستطيع العلم بها ، ولايجب على الحائز أن يستعمل الشيء في كل الأوقات دون انقطاع ، وإنما يكفى أن يستعمله كما يستعمله المالك في العادة ، وعلى فترات متقاربة منتظمة " .

(طعن رقم ٣٨٧ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧٣/٢/٨)

٢- " يجب أن يقترن وضع اليد بنية التملك وأن يكون مستمرا وظاهرا غير غامض حتى يصلح أساسا للتقادم ، كما يجب أن يبين الحكم الوقائع المؤدية إلى توافر شروط وضع اليد " .

(طعن رقم ١٣٥ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٧٤/٤/٩)

٣- (أ)- " كف الحائز عن استعمال حقه في بعض الأوقات لسبب قهرى لايفيد أن الحيازة متقطعة ولايخل بصفة الاستمرار " .

(ب)- " الحيازة التى تصلح أساسا لتملك المنقول أو العقار بالتقادم ، وإن كانت تقتضى القيام بأعمال مادية ظاهرة في معارضة حق المالك على نحو لا يحمل سكوته فيه على محمل التسامح ولايحتمل الخفاء أو اللبس في قصد التملك بالحيازة ، كما تقتضى من الحائز الاستمرار في استعمال الشيء بحسب طبيعته وبقدر الحاجة إلى استعماله. إلا أنه لايشترط أن يعلم المالك بالحيازة علم اليقين ، إنما يكفى أن تكون من الظهور بحيث يستطيع العلم بها ".

(طعن رقم ٩٢٧ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٧٨/١١/١٦)

" وحيث إن هذا النعى في محله ، ذلك أنه وإن كان لمحكمة الموضوع وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – السلطة المطلقة في التحقق من استيفاء الحيازة لشروطها القانونية ، وهى أن تكون مقرونة بنية التملك ومستمرة وهادئة ، وظاهرة إلا أن ذلك مشروط بأن تكون الأسباب التى أقامت عليها قضاءها سائغة ومستمدة من أوراق الدعوى ومن شأنها أن تؤدى إلى النتيجة التى خلصت إليها، وكانت الطاعنة قد تمسكت في دفاعها أمام محكمة الموضوع– ووفق طلباتها الختامية بأن حيازة سلف المطعون ضده للمنزل – المقام على الأرض المملوكة لها كانت عرضية ، إذ كان عاملا لديها ، ودللت على ذلك بشهادة صادرة من التأمينات الاجتماعية ، وكان مؤدى هذا الدفاع أن حيازة السلف لعقار النزاع كانت بسبب وقتى معلوم ، وكان الحائز العرضى لايستطيع كسب الملك بالتقادم على خلاف سنده إلا إذا تغيرت صفة حيازته – على ما تقضى به المادة ٢/٩٧٢ من القانون المدنى ، إما بفعل الغير وإما بفعل من الحائز يعتبر معارضة ظاهرة لحق المالك ، ولايكفى في تغيير صفة وضع يده – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة– مجرد تغيير نيته ، بل يجب أن يكون تغيير النية بفعل إيجابى مادى أو قضائى – يجابه به حق المالك بالإنكار الساطع والمعارضة العلنية،

ويـــدل دلالة جازمة على أن ذا اليد الوقتية مزمع إنكار الملكية على صـــاحبها والاســـتئثار بها دونه ، وعبء إثبات تغيير سبب الحيازة علـــى هذا النحو – إنما يقع على عاتق الحائز العرضى ، لما كان ذلـــك وكـــان الحكم المطعون فيه قد واجه هذا الدفاع بقاله أنه على فـــرض صحته فقد حاز المطعون ضده المنزل لما يقارب العشرين عامـــا بعد وفاة مورثه دون أن تربطه هو بالطاعنة ما يحملها على التســـامح فـــي وضع يده . مما عده الحكم مجابهة صريحة منه لها وإنكـــار لملكيتها . ورتب على ذلك رفض دعواها بطرده وتثبيت ملكيته للعقار ، وكان هذا الذى أورده الحكم لا يصلح ردا على دفاع الطاعـــنة ، ذلك أن انتقال الحيازة بالميراث لا يمكن اعتباره مغيرا للســـبب ، لأن الحـــيازة إنما تنتقل بصفاتها إلى الوارث الذى يخلف مورثه في التزامه بالرد بعد انتهاء السبب الوقتى لحيازته العرضية، ولاتكـــون للوارث حيازة مستقلة مهما طال الزمن ، ولو كان يجهل أصـــلها أو ســـببها ، ما لم تصحب حيازته مجابهه صريحة ظاهرة للمـــالك . وكانـــت إقامة المطعون ضده – بعد وفاة مورثه بمنزل الـــنزاع – مهما استطالت – لا تعد بمجردها تغييرا لسبب الحيازة الوقـــتى الـــذى تمســـكت الطاعـــنة بانتقاله إليه، هذا إلى أن الحكم الابـــتدائى – المؤيد لأسبابه بالحكم المطعون فيه – قد استخلص من أقـــوال الشـــهود الذين سمعهم الخبير توافر نية التملك لدى مورث

المطعـــون ضده ، على الرغم من خلوها مما يفيد توافر هذه النية، بمـــا يعيـــب الحكم – فضلا عن الفساد فى الاستدلال والقصور في التسبيب والخطأ في تطبيق القانون – بمخالفة الثابت بالأوراق ، مما يعيبه ويوجب نقضه – دون حاجة لبحث باقى أسباب الطعن– على أن يكون مع النقض الإحالة " .

(طعن رقم ٣٠٥٠ لسنة ٦٢ ق جلسة ١٩٩٩/٢/١٠ – لم ينشر بعد)

٤١ـ عيب عدم استمرار الحيازة مؤقت :

عيب عدم استمرار الحيازة عيب مؤقت . فهذا العيب يزول إذا تحولـــت الحيازة إلى حيازة مستمرة على النحو الذى ذكرناه سلفا. ومـــن هذا الوقت الذى يزول فيه العيب تنتج الحيازة أثرها بالنسبة للكافة .

ولمـــا كانـــت الحـــيازة الصـــحيحة تبدأ من تاريخ زوال عدم الاســـتمرار ، فإن تمتع الحائز بالحماية القانونية المتمثلة في دعوى استرداد الحيازة ودعوى منع التعرض مرتبط باستمرار الحيازة سنة واحـــدة مـــنذ زوال عـــدم الاستمرار . فلا يؤخذ في الاعتبار المدة السابقة على زوال عدم الاستمرار .

٤٢ـ عيب عدم استمرار الحيازة مطلق :

عيب عدم استمرار الحيازة عيب مطلق ، لأن الحيازة في ذاتها تكون غير مستمرة بالنسبة إلى الناس كافة . ومن ثم يجوز لكل ذى

مصلحة أن يتمسك بهذا العيب . لأنها غير مستمرة بالنسبة إليه كما هى غير مستمرة بالنسبة إلى غيره ، فلا يحتج بها عليه [١].

وفى هذا يختلف عيب عدم استمرار الحيازة عن العيوب الثلاثة السابقة ، فهى كما ذكرنا ذات أثر نسبى .

(١) السنهورى ص ١١٥٧ – رمضان أبو السعود ص ٢٩٤.

مــادة (٩٥٠)

يجوز لغير المميز أن يكسب الحيازة عن طريق من ينوب عنه نيابة قانونية .

الشـــرح

٤٣ـ حيـازة غير المميـز :

يقصـــد بغير المميز ، من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون .

وكل من لم يبلغ السابعة يعتبر فاقدا للتمييز (م ٤٥ مدنى) .

وقــد رأينا أن العنصر المادى في الحيازة وهو السيطرة المادية علــى الشـــىء ، تجــوز مباشـــرته بواسطة الغير (كالخادم والتابع والحائــز العرضـــى) أمـــا العنصـــر المعنوى فلا تجوز مباشرته بالوســاطة ، بل يجب أن يتوافر لدى الحائز شخصيا . فالقصد أمر شخصى لايتصور توافره في غير الحائز .

فإذا كان الحائز مميزا (الصبى المميز والمحجور عليه لسفه أو غفلـــة) فيجوز أن يتوافر لديه عنصر القصد) حيث لايشترط في توافر هذا العنصر كمال الأهلية، بل يكفى التمييز .

أما إذا كان الحائز عديم التمييز (كالصبى غير المميز والمجنون والمعتوه) فإن إرادته تكون معدومة، فلا يتصور توافر القصد لديه ، حيث يرتهن وجود هذا العنصر بتوافر الإرادة وهى متخلفة هنا .

ولذلــك فإن عنصر القصد يجب أن يتوافر هنا عند من ينوب ، نيابة قانونية عن عديم التمييز من ولى أو وصى أو قيم . فيقوم هذا النائــب بمباشــرة عنصرى الحيازة معا المادى والمعنوى نيابة عن عديم الأهلية ، ولكن لحسابه ولذلك فإن الحيازة تنتج آثارها لصالح عديم التمييز لا لصالح واضع اليد الظاهر [١].

وتطبــيقا لذلك قضى بأنه يجوز للولى على القاصر أن يتمسك بوضــع يــد القاصر المدة الطويلة لأجل كسب الملكية ، ولايصح الاعــتراض علــى ذلــك بــأن القاصر لايمكنه أن يظهر بالانتفاع بالأطــيان لإدارة حركــتها لأنه هو نفسه محتاج للعناية لكونه فاقد الأهلية ، هذا الاعترض مردود بأن ولى هذا القاصر أو وصيه هو الذى يقوم بالحيازة نيابة عنه (استئناف مصر ٢٧ ديسمبر ١٩٣٨).

وكذلــك الحال بالنسبة للأشخاص المعنوية أو الاعتبارية ، فمن يمــثل هــذا الشــخص هــو الذى يباشر الحيازة بعنصريها المادى والمعنوى [٢].

---

(١) رمضــان أبو السعود ص ٣٨٤- عبد المنعم الصده ص ٥٣٣- محمد على عرفه ١٣٩ ومابعدها .

(٢) رمضان أبو السعود ص ٣٨٤ – عبد المنعم الصده ص ٥٣٣ .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" قد يجتمع العنصران المادى والمعنوى عند غير الحائز، كما لــو ناب عن الحائز في العنصرين نائبه القانونى (ولى أو وصى أو قيم) ... الخ " [١].

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٦ ص ٤٥٥ .

مــادة (٩٥١)

١- تصــح الحيازة بالوساطة متى كان الوسيط يباشرها باسم الحائــز وكان متصلا به اتصالا يلزمه الائتمار بأوامره فيما يتعلق بهذه الحيازة .

٢- وعــند الشك يفترض أن مباشر الحيازة إنما يحوز لنفسه فــإن كانت استمرارا لحيازة سابقة افترض أن هذا الاستمرار هو لحساب البادئ فيها .

الشــرح

٤٤ـ الحيـازة بالوساطـة :

تنص الفقرة الأولى من المادة على أن :

" تصح الحيازة بالوساطة متى كان الوسيط يباشرها باسم الحائز وكــان متصــلا به اتصالا يلزمه الائتمار بأوامره فيما يتعلق بهذه الحيازة " .

وينصــرف الحكم الوارد في هذا النص إلى العنصر المادى في الحيازة دون العنصر المعنوى . إذ القاعدة أن العنصر المادى يمكن أن يباشــره الحائز بواسطة شخص آخر يعمل لحسابه ، بينما يجب أن تــتوافر النية التى يقوم عليها العنصر المعنوى لدى الحائز نفسه ما لم يكن الحائز عديم الإرادة كما رأينا .

فيستطيع الحائز أن يمارس الأعمال المكونة للعنصر المادى للحيازة إما بنفسه أو بواسطة غيره . فإذا اشترى شخص ماشية من السوق للاستعانة بها في خدمة أرضه، فإنه يحوزها حيازة مباشرة ، أما ناظر العزبة الذى يشترى الماشية اللازمة لخدمتها من مال المالك ، فإنه يضع يده عليها باسم المالك ولحسابه فيكون حائزا بوساطة ناظر العزبة في مثل هذه الحالة .

والمادة تشير إلى صورة بذاتها من صور الحيازة بالوساطة ، ألا وهى الحيازة التى يكتسبها المتبوع بوساطة التابع ، كناظر الزراعة في المثال السابق، وحيازة المخدوم للأدوات المنزلية التى يستعملها الخادم وحيازة المالك للسيارة التى يحوزها السائق حيازة مادية، وحيازة المزارع للمحاصيل التى يودعها في شونة أومخزن .

وهذا ما يستفاد من عبارة النص .

" متى كان الوسيط يباشرها باسم الحائز وكان متصلا به اتصالا يلزمه الائتمار بأوامره فيما يتعلق بهذه الحيازة " ، ويؤيده تاريخ النص فكانت المادة (١٤٠١) من المشروع التمهيدى المقابلة للمادة (٩٥١) تنص على أن : "١- تقوم الحيازة حتى لو باشرها باسم الحائز شخص آخر ، وكان منه بمكان التابع ، بحيث يكون ملزما أن يمتثل لأوامره فيما يتعلق بالشىء أو الحق الذى ترد عليه الحيازة " ، وقد جاء عنها بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ١- قد يجتمع العنصران المادى والمعنوى عند غير الحائز.. وقد يتفرق العنصران فيكون العنصر المعنوى عند المخدوم ...إلخ"، وهــذا ما يدل بوضوح على أن الوسيط يجب أن يكون تابعا ، غير أنــه لما عرض النص على لجنة المراجعة أقرته مع تعديل وصفته بأنــه " لفظــى " ، ثم عدل النص بعد ذلك في لجنة القانون المدنى بمجلــس الشيوخ حيث جاء على صورته الحالية ، دون أن تثار في المناقشات مسألة اقتصار الوساطة على التابعين(١) .

ولذلــك فإن ما يسيطر عليه هؤلاء بحكم التبعية تكون حيازتهم للمتبوع حتى ولو لم يكن الأخير قد علم بالاستيلاء على الشيء (٢).

فتكون الحيازة للمتبوع ولكنها حيازة غير مباشرة إذ أن هؤلاء يحــوزون لحساب الآخرين الذين تكمن عندهم نية التملك لاكتساب الحيازة .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جــ٦ ص ٤٥٤ وما بعدها .

(٢) حسام الدين الأهوانى ص ٢٢٤ ومابعدها – محمد على عرفه ص ١٤١ ومابعدها – محمد وحيد الدين سوار ص ٦٠٧ وما بعدها .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إذ كان يشترط في حيازة المنقول لكى تكون دليلا على الملكية أن تكـــون حيازة أصلية وليست عارضة ، فإذا ثبت أنها كانت باسم أو لحساب شخص آخر غير الحائز أو بالوساطة عنه فإنها لاتصلح قريـــنة على ملكية الحائز حتى يقيم هو الدليل على أن صفة حيازته قد تغيرت إلى حيازة أصيلة ، لما كان ذلك وكان البين من مدونات الحكـــم المطعـــون فيه أن دفاع الطاعن أمام محكمة الموضوع قام على أنه استورد السيارة محل النزاع ولما تعذر عليه الإفراج عنها من مصلحة الجمارك بدون إذن استيراد اتفق مع الشركة على القول بأنهـــا وردت لحســـابها وبـــناء على ذلك وقع الطاعن على أوراق الإفـــراج عـــنها بصـــفته مندوبا عن هذه الشركة وسددت الرسوم الجمركـــية المستحقة عليها وأقر ممثلها في تحقيقات النيابة بأن ذلك تم بقصد تسهيل الإفراج عن السيارة مما مفاده أن حيازة الشركة لم تكن لحسابها وإنما لحساب الطاعن في حين أعلنت الشركة أنه حين تعـــذر الإفـــراج عن السيارة اشترتها من الطاعن بمبلغ سبعة آلاف جنيه واستدلت على ذلك بتوقيع الطاعن على مستندات الشحن وعلى أوراق الجمـــارك بصفته مندوبا عنها وكان الحكم المطعون فيه قد رفـــض الدفـــع المبدى من الطاعن بعدم جواز إثبات ذلك البيع إلا بالكـــتابة وأقـــام قضـــاءه على مجرد اعتبار حيازة الشركة للسيارة

قريـــنة علـــى وجود التصرف القانونى الناقل للملكية دون أن تقيم الشـــركة الدلـــيل على ذلك البيع واعتمد على البيان الجمركى الذى تضـــمن أن الطاعن استورد السيارة بصفته مندوبا عن الشركة في حيـــن أن ممثلها أقر بتحقيقات النيابة بمخالفة هذا البيان للحقيقة فإنه يكـــون قـــد أخطأ في تطبيق القانون وشابه قصور في التسبيب بما يوجب نقضه ".

(طعن رقم ٩٧٢ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٨/٤/٢٦- غير منشور)

٤٥ ـ حيازة الحارس القضائى :

الحارس القضائى وكيل عن أصحاب الشأن فيدعوى الحراسة. ومـــن ثـــم فإن حيازته للمال محل الحراسة ، تكون بالنيابة عنهم ، ومن ثم تنصرف إليهم آثار هذه الحيازة بالتطبيق للمادة ٩٥١ مدنى.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن .

١- " آثـــار حـــيازة الحـــارس القضائى باعتباره وكيلا عن أصـــحاب الشأن في دعوى الحراسة تنصرف إليهم بحيث يكون لهم دون غيرهم الاستناد إليها كسبب من أسباب كسب الملكية " .

(طعن رقم ٥٥٢ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٧٨/٥/٤)

٢- (أ)- " مفاد نص المادة ٣/٩٢ من قانون الزراعة رقم ٥٣ لســـنة ١٩٦٦ أنـــه لايجوز تعديل الحيازة الزراعية إلا بعد موافقة الجمعـــية التعاونية الزراعية أو بعد أن يلتزم الحائز الجديد بالديون

المســتحقة على الأرض محل التنازل قبل الحائزين السابقين سواء كانــت هــذه الديون للحكومة أو للمؤسسة المصرية العامة للائتمان الــزراعى والتعاونى بصرف النظر عن تاريخ نشوء هذه الديون أو شخص المدين بها من الحائزين السابقين ".

(ب)- " إذ اســتثنت الفقــرة الأخيرة من المادة ٩٢ من القانون ٥٣ لسنة ١٩٦٦ حالات تغيير الحيازة نتيجة تنفيذ الأحكام القضائية فقــد دلــت على أن المراد بالحيازة في هذا الصدد هو معناها العام المعــرف بـــه في القانون ، وهى سيطرة الحائز سيطرة مادية على الأرض الزراعــية يباشرها باسمه ولحسابه وهذا أمر لاينطبق على الحــارس القضـــائى الذى ناط به حكم الحراسة أداء أعمال معينة وأســبغ عليه في أدائها صفة النيابة عن ذوى الشأن الذين خضعت أموالهــم للحراسة ، فتكون حيازته هى حيازة بالوساطة وفقا لنص المــادة ٩٥١ من القانون المدنى فينصرف أثرها إلى الأصيل دون النائــب ، ومؤدى هذا أن الحكم القاضى بتعيين حارس على أرض زراعــية لا يندرج على إطلاقه في عموم الاستثناء المقرر بالفقرة الأخــيرة مــن المــادة ٩٢ من القانون آنف الذكر ولايعتبر تغييرا للحــيازة في مفهومه طالما كان الحارس قد حل محل من خضعت أموالهــم للحراسة في حيازتها فصار نائبا يديرها لحسابهم، إذ يلتزم علـــى سند من هذه الصفة بأداء الديون المستحقة على الأرض محل

الحراســة التى نشأت في ذمة أولئك ، أما إذا كان الحائز من غير ذوى الشأن الخاضعة أرضهم للحراسة ولم يكن يحوزها لحساب أى منهم فتمكن الحارس تنفيذا لحكم قضائى من استرداد الأرض من يد هذا الحائز كى يباشر سيطرته عليها نيابة عن ذوى الشأن فإن ذلك يعــد تغييرا لشخص الحائز بالمعنى الذى قصده المشرع في قانون الزراعة " .

(طعن رقم ١٧٠ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٧/١١/٢٦)

٤٦ـ افتراض أن مباشر الحيازة يحوز لنفسه عند الشك :

تــنص الفقرة الثانية من المادة على أنه : " وعند الشك يفترض أن مباشــر الحــيازة إنما يحوز لنفسه ، فإن كان استمرارا لحيازة سابقة افترض أن هذا الاستمرار هو لحساب البادئ بها " .

وهــذه المــادة تتناول الحالة التى يثور فيها الشك حول وصف الحــيازة ، أى عمــا إذا كان واضع اليد هو الحائز القانونى أم أنه يحوز بالوساطة لحساب غيره .

فجعــل النص أن الأصل هو افتراض أن واضع اليد هو الحائز القانونى ، أى يحوز لحساب نفسه .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" والقاعدة أن من عنده الحيازة يفترض أنه حائز لنفسه ، ويبقى حائـــزا لنفســـه ، إلـــى أن يقوم الدليل على أنه حائز لغيره، أو أنه أصبح يحوز لغيره "(١) .

علـــى أن هذه القرينة غير قاطعة لصالحه ، بل إنها تقبل إثبات العكس بإحدى وسيلتين هما :

أولاً : أن يثبـــت من يدعى الحيازة لنفسه أن واضع اليد ملتزم فـــي مواجهـــته برد الشىء ، فعندئذ يتعين عليه أن يقيم الدليل على وجود هذا الالتزام وفقا للقواعد العامة في الإثبات .

ثانـــياً : أن يثبـــت مدعى الحيازة أنه كان حائزا للشىء قبل أن يضع الحائز الحالى يده عليه، فيفترض عندئذ أن حيازة هذا الأخير اســـتمرارا للحـــيازة السابقة التى يمكن إثباتها بكافة طرق الإثبات، وأخصها البينة والقرائن .

ولكن الحائز الحالى يستطيع بدوره ، أن يهدم هذه القرينة التى أقامتها المشرع لصالح الحائز السابق ، وذلك بأن يثبت اكتسابه حقا عينـــيا على الشىء الذى انتقلت إليه حيازته ، ولكن إثبات هذا الحق مقيد بطبيعة الحال باتباع القواعد العامة في الإثبات (٢).

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ٦ ص ٤٥٥ .

(٢) محمد على عرفه ص ١٤٣ .

مــادة (٩٥٢)

تنتقل الحيازة من الحائز إلى غيره إذا اتفقا على ذلك وكان في استـطاعة مـن انتقلت إليه الحيازة أن يسيطر على الحق الواردة عليه الحيازة ، ولو لم يكن هناك تسلم مادى للشيء موضوع هذا الحق .

الشـــرح

٤٧ ـ انتقال الحيازة من الحائز إلى غيره بالاتفاق :

تنـتقل الحـيازة من حائز إلى آخر باتفاق الطرفين ، شأنها في ذلك شأن انتقال الحق من شخص إلى آخر ، إذا اتفق الطرفان على ذلك .

غير أن انتقال الحيازة إلى شخص آخر لايعنى أن تكون حيازته مستقلة مبتدأة مختلفة عن حيازة سابقة ، وإنما يعنى هذا الانتقال أن تكـون الحـيازة في انتقالها حيازة متصلة ، تصل الثانية بالأولى ، الأمر الذى يؤدى إلى جواز ضم مدة الحيازة السابقة (حيازة السلف) إلى مدة الحيازة اللاحقة (حيازة الخلف) .

وعلـى ذلـك فحيازة المنقول ابتداء عن طريق الاستيلاء إذا لم يكن للمنقول مالك . ليس فيه انتقال للحيازة لأن المنقول لم يكن في حـيازة أحد قبل الاستيلاء عليه ، فلم تنتقل حيازته من شخص إلى آخر .

واغتصـــاب الحـــيازة من الحائز وانتزاع الحيازة منه بالإكراه لايعتبر انتقالا للحيازة لأن المغتصب أو منتزع الحيازة بالإكراه يبدأ حـــيازة جديـــدة لاتتصـــل بالحيازة القديمة ، ولايعتبر استمرارا لها ولايجوز أن تضم إليها مدتها .

ويستوى في ذلك أن يكون الحائز السابق مالكا للحق الذى ينقل حيازته إلى الحائز اللاحق أو غير مالك .

ومـــن الأمـــثلة على نقل الحيازة إلى الغير بالاتفاق عقد البيع والهـــبة ، فهذان العقدان يلزمان الحائز بأن ينقل الحيازة إلى الخلف الخاص .

والمقصود بالحيازة هو الحيازة بركنيها المادى والمعنوى .

ونقل الحيازة إلى الغير بالاتفاق لايشترط فيه أن يكون بالتسليم المـــادى للشىء محل الحق ، بل يكفى أن يكون هذا التسليم حكميا أو يكون رمزيا كما سنرى .

غـــير أن المـــادة اشترطت لنقل الحيازة بالاتفاق أن يكون في استطاعة من انتقلت إليه الحيازة أن يسيطر على الحق الواردة عليه الحيازة ، ولو لم يكن هناك تسليم مادى للشىء موضوع الحق.

ومـــثال ذلـــك أن تنتقل الحيازة من شخص إلى آخر على شىء موجـــود تحت يد شخص ثالث ، كأن يبيع شخص منزلا مؤجرا إلى

آخـــر مع اشتراط بقاء المستأجر في العين المؤجرة حتى نهاية مدة الإيجـــار . ففى هذه الحالة يبقى المنزل تحت يد المستأجر ، ولكن أثـــر وضع يده ينصرف في المستقبل لحساب المالك الجديد بدلا من المالك السابق .

ولعل هذا الفرض هو الذى عناه المشرع بالنص السابق [١].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" تنـــتقل الحـــيازة بالاتفاق ما بين السلف والخلف ، مصحوبا بانتقال السيطرة الفعلية على الشىء أو الحق إلى الخلف . وقد يكون انـــتقال الحـــيازة معنويا فلا يتم تسليم مادى ، كما إذا استمر السلف حائـــزا ولكن لحساب الخلف (مثل ذلك البائع يستأجر الشىء المبيع) .... الخ " [٢].

---

(١) محمد على عرفه ص ١٤٥ ومابعدها .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ٦ ص ٤٦٣ .

مـادة (٩٥٣)

يجوز أن يتم نقل الحيازة دون تسليم مادى إذا استمر الحائز واضعا يده لحساب من يخلفه في الحيازة أو استمر الخلف واضعا يده ولكن لحساب نفسه .

الشـــرح

٤٨ ـ نقل الحيازة بالتسليم الحكمى :

تـــنص المادة على صورتين لنقل الحيازة دون تسليم مادى أى بالتسليم الحكمى هما :

الصورة الأولى :

هـــى الـــتى يستمر فيها السلف واضعا يده لحساب الخلف كأن يستأجر البائع الشيء المبيع ، فهو بعد أن تصرف في الشيء بالبيع اســـتبقاه في يده على سبيل الإيجار ، أى أنه أصبح حائزا عرضيا لحســـاب المشـــترى وهو المؤجر أو يبقى الشيء المبيع في حيازة البائع بصفة مستعير أو مودع عنده أو مرتهن رهن حيازة .

الصورة الثانية :

هى التى يستمر فيها الخلف واضعا يده لحساب نفسه ، وهذا ما كان يسميه الرومان بالتسليم باليد القصيرة rraditio brevi manu ، كأن يشترى المستأجر العين المؤجرة من المؤجر ، فيستمر واضعا

يـــده عليها بصفته مالكا بعد أن كان مستأجرا ، أى أنه يصبح حائزا قانونيا بعد أن كان حائزا عرضيا .

ويتضح من هذا أن التسليم الحكمى يتم بتغيير صفة الحيازة ، إذ أنـــه فـــي هاتين الصورتين تتحول الحيازة بتغيير السند الذى يحدد سبب الحيازة .

٤٩ـ تقدير مدى كفاية التسليم الحكمى :

تقديـــر مدى كفاية التسليم الحكمى لنقل الحيازة من السلف إلى الخلف مفروض فيها أن يكون في استطاعة الخلف أن يسيطر على الحـــق الـــواردة عليه الحيازة . وهذه مسألة يستقل بتقديرها قاضى الموضوع . ويقع على عاتق الخلف عبء إثبات ما يدل على أنه قد انتقلـــت إليه الحيازة المادية للشىء بتمكنه من الاستحواذ عليه وإلا فقدت حيازته له عنصرها المادى [(١)].

(أنظر نقض طعن رقم ١٠٧ لسنة ١٥ ق جلسة ١٩٤٧/١/٣٠ – منشور ببند ٥٢) .

---

(١) عـــبد المـــنعم الصـــده ص ٥٦١ – حســـام الدين الأهوانى ص ٢٩٥– عبد المنعم البدراوى ص ٤٦٠ وما بعدها .

مـــادة (٩٥٤)

١- تســليم المستندات المعطاة عن البضائع المعهود بها إلى أميــن الــنقل أو المودعــة في المخازن يقوم مقام تسليم البضائع ذاتها .

٢- علــى أنــه إذا تسلم شخص هذه المستندات وتسلم آخر البضــاعة ذاتها وكان كلاهما حسن النية فإن الأفضلية تكون لمن تسلم البضاعة .

الشرح

٥٠ ـ التسليم الرمــزى :

التســليم الرمــزى يكون بتسليم ما يرمز إليه الشيء موضوع الحيازة أو يمكن من السيطرة على حيازته ماديا .

فالتسليم الرمزى يتحقق إذا تسلم الحائز أداة يستطيع بواسطتها أن يسيطر على الشيء، كما لو تسلم المشترى مفاتيح المنزل المبيع، أو تسلم مفاتيح المكان الذى توجد به المنقولات المبيعة .

٥١ ـ التسليم الرمــزى الوارد بالنص :

ذكرت الفقرة الأولى من المادة مثلا للتسليم الرمزى .

فقضـــت بأن تسليم المستندات المعطاة عن البضائع المعهود بها إلـــى أميـــن النقل أو المودعة في المخازن يقوم مقام تسليم البضائع ذاتها .

فــإذا باع شخص بضائع عهد بنقلها إلى شركة نقل أو أودعها مخازن عامة ، فإن تسليم سند الشحن أو الإيداع إلى المشترى يقوم مقــام تســجيل البضـــاعة ذاتها حيث يصبح المشترى حائزا لهذه البضائع . فهو يستطيع أن يقوم بسحبها بنفسه بموجب هذه السندات مــن أميــن الــنقل أو مــن المخازن ومن ثم يعتبر تسليم المشترى لسندات البضائع انتقالا لحيازة البضائع إليه .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" ســند الشــحن وإن كــان يمــثل في الأصل دليل الشاحن أو المرســل إلــيه قــبل الناقل في شحن البضاعة أو حق تسلمها عند الوصــول وهو مما يمثل الطابع الشخصى لوظيفة السند إلا أنه يعد أيضا أداة ائتمان . فهو يمثل البضاعة المشحونة لذاتها ويقوم مقامها بحيــث تــندمج البضاعة في سند الشحن ويعتبر حامله بمثابة حائز للبضـــاعة وإن كانـــت هذه الحيازة رمزية يتمثل فيها الطابع العينى لوظيفة السند " .

(طعن رقم ١٤٧ لسنة ٤٠ ق جلسة ١٩٧٧/٣/٢٨)

٥٢ ـ حيازة مفتاح الخزانة هى حيازة رمزية :

حــيازة مفــتاح الخزانة هى حيازة رمزية لمنقول غير حاصل فعــلا فــي الــيد . فقد ذكرنا سلفا أن ما ورد في المادة من تسليم المستندات المعطاة عن البضائع هو مجرد مثال للحيازة الرمزية.

وتسليم مفتاح الخزانة ليس بذاته دليلا قطعيا على حيازة ما هو في الخزانة .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" حـــيازة مفتاح الخزانة هى حيازة رمزية لمنقول غير حاصل فعـــلا فـــي الـــيد، وليست بذاتها دليلا قاطعا على حيازة ما هو في الخـــزانة ، وكـــون الشيء حاصلا فيها هو من الواقع الذى يحصله قاضـــى الموضوع في كل دعوى مما يتوافر فيها من دلائل . وإذا كان القانون قد نص في باب البيع على أن تسليم المنقولات المبيعة يصـــح أن يـــتم بتسليم مفاتيح المخازن الموضوعة فيها ، فإن هذا الـــنص لا يعنى أن كل من يحمل مفتاحا لخزانة يكون ولابد حائزا فعلا لمحتوياتها ، لأن حمل المفتاح لا يلزم عنه حتما أن حامله سلط على الخزانة مستأثرا بالتصرف في فراغها ومن ثم كانت العبرة في كـــل دعـــوى بظروفها الواقعية ، فحيث تدل هذه الظروف على أن حـــامل مفـــتاح الخزانة كان متسلطا فعلا على ما فيها جاز اعتباره حائزا وإلا فلا . وما يراه قاضى الموضوع في هذا الشأن هو رأى في مسألة واقعية يستقل هو بتقديرها ولا يخضع قضاؤه فيها لرقابة محكمة النقض ".

(طعن رقم ١٠٧ لسنة ١٥ ق جلسة ١٩٤٧/١/٣٠)

٥٣ ـ تعارض التسليم المادى مع التسليم الرمزى :

إذا تعــارض التســليم المادى مع التسليم الرمزى ، بأن تسلم شخص السندات المعطاة عن البضائع المعهود بها إلي أمين النقل أو المودعــة فــي المخازن ، بينما تسلم شخص آخر البضائع ذاتها ، وكان كلاهما حسن النية فإن الأول الــذي تســليم البضائع هو الذي يفضل فإذا باع صاحب البضائع بضاعته وهى في يد أمين النقل أو مودعــة بالمخازن لشخصين متعاقبين فإن ملكية البضائع تنتقل إلى المشترى الأول بموجب عقد البيع، فإذا ما تسلم هذا المشترى الأول البضــائع تسلما رمزيا بتسلمه سندات البضائع ولم يتسلم المشترى الــثانى البضائع أصلا ، بقيت ملكية البضائع عند المشترى الأول ، ولكــن إذا تســلم المشترى الثانى البضائع ذاتها تسلما فعليا ولو بعد تسلم المشترى الأول سندات هذه البضائع ، كان المشترى الثانى هو صــاحب الحــيازة الماديــة والمشترى الأول هو صاحب الحيازة الرمــزية وتعارضت الحيازتان ، ويفضل المشترى صاحب الحيازة المادية [١].

والمقصود بحسن النية ألا يعلم كل منهما بسبق تسليم المستندات إلــى غيره ، فإن كان سيء النية فيجب تفضيل من تسلم المستندات مادام حسن النية ، فيعتبر هو الحائز [٢].

---

(١) السنهورى ص ١٢١٥.

(٢) حسام الأهوانى ص ٢٩٥ .

وفضل صاحب الحيازة المادية ، لأن من حصل عليها جدير به أن يكون أكثر اطمئنانا ممن لم يحصل إلا على حيازة رمزية . كما أن الحيازة المادية حالة واقعة ومن ثم يفضل التسليم الواقعى على التسليم الرمزى في حالة التعارض . كما أن ذلك يوفر الحماية للغير الذى يتعامل مع الحائز المادى ، ومن ثم تستقر المعاملات أحد الأهداف الأساسية لنظرية الحيازة(١) .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ... كما قد يكون انتقال الحيازة رمزيا ، كتسليم السندات المعطاة عن البضائع المعهود بها إلى أمين النقل أو المودعة في المخازن . لكن إذا تعارض التسليم الحقيقى مع التسليم الرمزى ، كان الأول هو المعتبر ، كما إذا تسلم شخص شهادة البضاعة وتسلم آخر البضاعة نفسها ، فالحيازة في هذا الفرض عند الأخير "(٢).

٥٤ ـ تقدير مدى كفاية التسليم الرمزى :

راجع بند (٤٨) .

---

(١) السنهورى ص ١٢١٥ – حسام الدين الأهوانى ص ٢٩٥ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٦ ص ٤٦٣ .

مـــادة (٩٥٥)

١- تنـــتقل الحـــيازة للخلف العام بصفاتها ، على أنه إذا كان السـلف سيء النية وأثبت الخلف أنه كان في حيازته حسن النية جاز له أن يتمسك بحسن نيته .

٢- ويجــوز للخلف الخاص أن يضم إلى حيازته حيازة سلفه في كل ما يرتبه القانون على الحيازة من أثر .

الشـــرح

٥٥ ـ انتقال الحيازة للخلف العام بصفاتها :

المقصود بالخلف العام الوارث أو الموصى له بحصة معينة من التركة .

وقـــد نصت الفقرة الأولى من المادة على أن : " تنتقل الحيازة للخلـــف العام بصفاتها " ، فالحيازة تنتقل هنا من السلف إلى الخلف بحكـــم القانون ، فقد كان الميت هو الحائز في حال حياته فإذا مات انتقلت حيازته إلى خلفه العام دون حاجة إلى أن يتسلم الخلف المال تســلما فعليا . وهذا هو الحكم الذى تقضى به طبيعة الأشياء ، ففى الفـــترة مـــا بيـــن موت السلف وتسلم الخلف تسلما فعليا ، لا بد أن يكـــون للمـــال حائز مادام مالا مملوكا غير سائبة . ومادامت ملكية المـــال تنـــتقل إلى الخلف العام بمجرد موت السلف فالحيازة تتبع الملكـــية هـــنا . وتنتقل هى أيضا مع الملكية إلى الخلف العام بحكم القانون وبمجرد موت السلف [١].

---

(١) السنهورى ص ١١٩٩ .

وتنـــتقل الحيازة إلى الخلف العام بصفاتها ، لأن حيازة الخلف العـــام اســـتمرار لحيازة سلفه ، وعلى ذلك يستمر الخلف في هذه الحيازة حتى تتم المدة التى بدأها السلف (١).

ويترتب على انتقال الحيازة إلى الخلف العام بصفاتها ما يأتى:

١- إذا كانـــت حيازة المورث حيازة عرضية ، لم يكن للوارث أن يتمسك بالحيازة القانونية في كل ما يرتبه عليها القانون من آثار، مـــا لـــم يقـــع مـــنه عمل تتغير به صفة حيازته بإحدى الطريقتين المبينتين في المادة ٢/٩٧٢ - كما سنرى - ويلاحظ في هذه الحالة أن إثـــبات تغيـــير الصفة يكون على الوارث نفسه ، إذا الفرض أن حـــيازته هى استمرار لحيازة المورث بصفاتها ، وقد كانت حيازة المـــورث عرضية . فإذا غير الوارث صفة حيازته احتسبت المدة اللازمـــة لإنتاج الحيازة أثرها من ذلك الوقت دون أن يستطيع ضم مدة حيازة المورث (٢).

---

(١) نبيل سعد ص ٤٩٨ .

(٢) **وقد قضت محكمة النقض بأن :**

١- " إن المـــادة (٧٩) مـــن القـــانون المدنى صريحة في أنه لاســـبيل لمن وضع يده بسبب وقتى معلوم غير أسباب التمليك المعـــروفة إلـــى أن يكسب لا هو ولا ورثته الملك بوضع اليد مهمـــا تسلسل التوريث وطال الزمن . وحكم هذه المادة يسرى علـــى الواقف المستحق وعلى الناظر على الوقف وعلى ورثته من بعده مهما تسلسل توريثهم وطال وضع يدهم ، فلا يستطيع

٢- إذا كانـــت حيازة المورث معيبة كأن كانت حيازة خفية أو بإكـــراه أو غامضة انتقلت بهذه الصفة إلى الخلف العام ، ولا يمكن أن ينـــتج أثـــرها القانونى إلا إذا زال عنها هذا العيب بأن أصبحت ظاهرة هادئة لا لبس فيها .

هذا مع ملاحظة أن حيازة الحلف لن تعد قانونية إلا من تاريخ زوال العيب الذى شابها .

٣- إذا كانـــت حـــيازة المـــورث قانونـــية أى حيازة مستكملة عنصريها المادى والمعنوى وخالية من العيوب استطاع الوارث أن يستمر في الحيازة وأن يضم مدة حيازة سلفه إلى مدة حيازته . فلا

أيهم أن يمتلك العين بالمدة الطويلة إلا بعد أن يغير صفة وضع يده بما يغير به قانونا " .
(طعن رقم ٦١ لسنة ٥ ق جلسة ١٩٣٦/٤/٢٣)
٢- " إذا كـــان وضـــع يـــد المورث بسبب معلوم غير أسبابِ التمليك فإن ورثته من بعده لا يتملكون العقار بمضى المدة طبقاً للمـــادة ٧٩ مـــن القانون المدنى . ولايؤثر في ذلك أن يكونوا جاهليـــن حقيقة وضع اليد ، فإن صفة وضع يد المورث تلازم العقـــار عند انتقال اليد إلى الوارث فيخلف الوارث مورثه في الـــتزامه يـــرد العقار بعد انتهاء السبب الوقتى الذى وضع اليد بموجـــبهِ ولو كان هو يجهله . ومادام الدفع بجهل الوارث صفة وضـــع يد مورثه لا تأثير له قانونا فإن المحكمة لاتكون ملزمة بالتعرض له في حكمها ".
(طعن رقم ٦٥ لسنة ١١ ق جلسة ١٩٤٢/٥/٢١)

تتغير صفة الحيازة إلى عرضية في يد الوارث إلا إذا أصبح يحوز لحساب غيره [١].

ويترتب على ذلك ما يأتى :

(أ)- إذا كنا بصدد التقادم وكانت حيازة المورث مقترنة بحسن نـية ومسـتندة إلـى سبب صحيح استطاع الوارث أن يتمسك بهذه الحيازة ليتملك العقار بخمس سنوات تدخل فيها مدة حيازة المورث. ومعنى ذلك أن للوارث أن يتمسك بالسبب الصحيح الذى استند إليه مورثه وبحسن نية مورثه أيضا وقت تلقيه الحق وكذلك بالمدة التى أمضاها في الحيازة ليتم التقادم الخمسى .

ولـيس شـرطا حينئذ أن يكون الوارث نفسه حسن النية ، لأن حسـن النـية - كما سنرى - لايشترط في التقادم الخمسى إلا في ابـتدائه أو على الأصح عند تلقى الحق ، أما سوء النية الطارئ فلا يحول دون تمامه . وعلى ذلك إذا كان المورث في هذا الغرض قد حـاز العقـار مدة ثلاث سنوات استطاع الوارث أن يكسب العقار بحيازته مدة سنتين أخريين ولو كان هو نفسه سيىء النية .

(ب) إذا لـم يكن المورث مستندا إلى سبب صحيح فإن الوارث لايسـتطيع أن يتمسك بالتقادم الخمسى ، شأنه شأن المورث ، وإنما

---

(١) عـبـد المنعم البدراوى ص ٤٦٤- وما بعـدها - رمضان أبو السعود ص ٤٠٤ .

كـــان له أن يتمسك بالتقادم الطويل ، ويستطيع أن يستفيد من حيازة المورث لأن حيازته كما قلنا هى استمرار لهذه الحيازة [١].

٥٦ – حـالـة مـا إذا كان السلف سىء النية والخلف حسن النية :

بعـــد أن نصت الفقرة الأولى من المادة في صدرها على أن : "تنـــتقل الحيازة للخلف العام بصفاتها " أردفت أنه " إذا كان السلف سيء النية وأثبت الخلف أنه كان في حيازته حسن النية جاز له أن يتمسك بحسن نيته " .

وقـــد ذهب الرأى الغالب في الفقه إلى أن مقتضى الحكم الأخير أنــــه إذا كان المورث قد حاز العقار بسوء نية ولكن بسبب صحيح، فـــإن الـــوارث الـــذى يصبح حسن النية يستطيع أن يتمسك بالسبب الصـــحيح الـــذى يســـند حـــيازة المورث أى بذلك العقد الذى تلقى المورث الحيازة القانونية بمقتضاه ، فيتملك العقار بخمس سنوات . على أن هذه السنوات الخمس لا تبدأ في السريان إلا من يوم حيازة الوارث نفسه ، ولا يكون في مقدوره أن يضم مدة حيازة سلفه لأن

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ٤٦٥ .

حـــيازته تعتــبر في هذا الفرض مستقلة عن حيازة السلف ، وذلك على خلاف ما جاء بمذكرة المشروع التمهيدى[1] .

ومضـــى هـــذا أن خلافـــة الوارث تقتصر هنا على الإفادة من السبب الصحيح [2].

---

(١) فقــد جــاء بها : " على أنه إذا كان الوارث حسن النية والمورث سيىء النـــية جاز للوارث التمسك بحسن نيته على أن يضم مدة حيازة مورثه " (مجموعة الأعمال التحضيرية جــ٦ ص ٤٦٣) .

(٢) عبد المنعم البدراوى ص ٤٦٦ – منصور مصطفى منصور ص٤١٦- محمــد وحيد الدين سوار ص ٦٤٧ ومابعدها – نبيل إبراهيم سعد ص ٤٩٨ – حسام الدين الأهوانى ص ٢٩٢- وعكس ذلك محمد على عرفه ص ١٤٧ ومابعدهــا – رمضـــان أبـــو السعود ص ٤٠٤ ومابعدها – السنهورى ص ١٢٠٤ ومابعدها .

فيذهــبون أن إلـــى الـــوارث في هذه الحالة لن يستطيع التملك بالتقادم الخمسى، حيث لايجديه في هذا الصدد الاحتجاج بحسن نيته ، طالما أنه يحـــتج بالسبب الصحيح الذى تلقى مورثه بمقتضاه ، حيث يشترط حسن النية وقت تلقى الحق ، والفرض هنا هو توافر سوء النية في هذا الوقت من جانب المورث . ولذلك لابد من حصول الوارث على سبب صحيح مستقلٍ عن السبب الذى تلقى مورثه الحق بمقتضاه ، حتى يتملك العقار بقـــاعدة التقادم لتقصير . فإذا فرضنا أن شخصا اغتصب عقارا مملوكا للغير ، ثم مات فخلفه وارثه في حيازة هذا العقار وهو يجهل تماما واقعة الغصـــب فإن دفع الوارث بجهله صفة حيازة مورثه لايجديه نفعا طالما أن حيازته استمرار لحيازة مورثه .

أما إذا فرضنا أن الوارث وقد علم بواقعة الغصب ، توجه إلى من يعتقد أنـــه مالك العقار فاشتراه منه ، ثم بدأ حيازة جديدة تستند إلى هذا السبب

٥٧ـ انتقال الحيازة إلى الخلف الخاص :

للخلــف الخاص في هذا المقام معنى يختلف عن معناه المعتاد. فالخلف الخاص بمعناه المعتاد هو الذى يخلف السلف في حق معين. ولكــن الأمر هنا لايتعلق بخلافة في الحق ، وإنما يتعلق بخلافة في الحــيازة . وهــذه واقعــة مادية . ولهذا يؤخذ الخلف الخاص في خصوص ضم الحيازات بمعنى أوسع بكثير من معناه المعتاد .

فهــو يصدق على كل حائز قامت بينه وبين سلفه علاقة قانونية أدت إلــى انــتقال الحيازة ، سواء كان هذا الانتقال بناء على التزام الســلف بتســليم الشيء أو كان بناء على فسخ سنده أو إبطاله ، أو

الصحيح ، ومضت مدة التقادم الخمسى ، ثم فوجئ بمالك العقار الحقيقى يطالبه باستحقاقه فإنه يستطيع عندئذ أن يتمسك بحيازته الجديدة المدعمة بالسبب الصحيح وحسن النية . وواضح – في نظر أصحاب هذا الرأى– أننا لانكون في هذا الفرض بصدد انتقال حيازة ، بل بصدد حيازة جديدة لا محل لحرمان صاحبها من أن يتمسك بها بصفاتها الخاصة ، دون أن يكون له الحق في أن يضم إليها مدة حيازة مورثه .

وعلــى ذلك فطالما كان المورث سيىء النية وقت حصوله على السبب الصــحيح، فإن الحيازة تنتقل إلى وارثة مقترنه بسوء النية ، ولايستطيع الــوارث أن يتملك العقار إلا بالتقادم الطويل ، وله أن يضم مدة حيازة مورثــه إلــى مدة حيازته حتى يستكمل مدة التقادم الطويل وهى خمس عشرة سنة .

(السنهورى ص ١٢٠٤ – رمضان أبو السعود ص ٤٠٦).

الـــرجوع فـــيه حيث تكون هناك صلة بين الحيازة الحالية والحيازة السابقة تجعل الأولى نتيجة طبيعية للثانية .

فللمشترى أن يضم إلى حيازته حيازة البائع . وللموهوب له أن يضـــم إلـــى حيازته حيازة الواهب . وللموصى له بعين معينة من أمـــوال التركة أن يضم إلى حيازته حيازة الموصى ، وكذلك حيازة الوارث في الفترة ما بين الوفاة وتسليم العين .

وللـــبائع إذا فسخ عقد البيع أو أبطل أن يضم إلى حيازته حيازة المشـــترى . وللواهب إذا رجع في الهبة أن يضم إلى حيازته حيازة الموهـــوب له . وللراســـى عليه المزاد أن يضم إلى حيازته حيازة المحجوز عليه . وللمتقاسم أن يضم إلى حيازته الحيازة التى كانت لـــه ولباقى المتقاسمين أثناء الشيوع . ولحائز حق الانتفاع أن يضم إلـــى حـــيازته حيازة من تلقى الحق منه وكان حائزا مثله باعتباره مالكـــا أو صـــاحب حـــق انـــتفاع . وعلى العكس من ذلك لايجوز للغاصـــب أن يضم إلى حيازته حيازة من سبقه في الحيازة . كذلك لايجـــوز لمن حصل على الشيء بمقتضى حكم صدر لصالحه في دعوى الاستحقاق أن يضم إلى حيازته حيازة من صدر الحكم ضده حين يرجع عليه المالك (١).

---

(١) محمـــد كـــل مرسى الحقوق العينية الأصلية الطبعة الثانية ١٣٧١هـــ- ١٩٥٢م جـــ٤ ص ١٧٧ – عبد المنعم الصده ص ٥٩٤ ومابعدها .

وقد قضت محكمة النقض بـأن :

" الأصـــل فــــي الحيازة أنها لصاحب اليد ، يستقل بها ، ظاهرا فيها بصفته صاحب الحق ، ويتعين عند ضم مدة حيازة السلف إلى مـــدة حيازة الخلف ، قيام رابطة قانونية بين الحيازتين . ولما كان الحكــــم المطعـــون فـــيه قد جرى في قضائه على ضم مدة حيازة المطعـــون عليه إلى مدة حيازة سلفه ، ورتب على ذلك في تقريره، بـــأن المطعون عليه قد استكمل المدة اللازمة لتملك العقار موضوع الـــنزاع بمضى المدة الطويلة المكسبة للملكية دون أن يبين الرابطة القانونـــية الـــتى تجـــيز ضـــم مدة الحيازتين ، فـــإنه يكون مشوبا بالقصور " .

(طعن رقم ٧٥ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧١/١٢/٢٣)

وأنظر أيضا طعن رقم ١٣٦ لسنة ٥٧ ق " هيئة عامة " بجلسة ١٩٩٦/١/٢- طعـــن رقم ٣٩١٨ لسنة ٦٨ ق جلسة ٢٠٠٠/١/١٨ منشورين ببند (٦٢) .

ضـم حيـازة السلف إلى حيـازة الخلف :

٥٨ ـ شرط ضم الحيازتين :

يســتمد الخلـــف العام حقه من سند سلفه ، بينما يستمد الخلف الخـــاص حقه من سنده هو الذى صدر إليه من سلفه . وفى ضوء هـــذا الوضـــع . نجـــد أن مركز كل منهما يختلف اختلافا تاما عن

مركــز الآخر . فحيازة الخلف العام تعتبر استمرارا لحيازة سلفه ، فــلا يكــون هناك ضم لحيازتين بالمعنى الحقيقى ، بل تكون هناك حيازة واضحة يستمد فيها الخلف الحالة التى كانت عليها ، ومن ثم يتقيد بها الخلف حيث تظل له بصفاتها وعيوبها . أما حيازة الخلف الخــاص فهــى حيازة جديدة مستقلة عن حيازة سلفه ، حيث تكون هناك حيازتان مستقلتان يجوز ضمهما بالمعنى الصحيح ، ومن هذا لايتقــيد الخلــف الخاص بحيازة سلفه ، فهو يضمها إلى حيازته إذا كانــت له مصلحة في ذلك ، ويطرحها مقتصرا على حيازته إذا لم تكن له مصلحة في الضم .

إلا أنه يشترط لضم حيازة السلف ما يأتى :

١- أن تكون حيازة السلف صالحة لأن تنتج الأثر الذى يريد الخلــف التمســك بــه . وبناء على ذلك إذا كان الحائز قد اشترى الشيء الذى يحوزه من مستأجر مثلا - وهو حائز عرضى - فليس للمشترى أن يضم إلى حيازته ، مدة حيازة سلفه سئ النية وذلك في حالة كون المدة الباقية للتملك بالتقادم الطويل أقل من خمس سنوات . فقــد يكــون السلف سيئ النية حائزا للعين مدة اثنتا عشرة سنة ، وفى هذه الحالة لايحتاج الخلف إلا لحيازة تدوم ثلاث سنوات أخرى يســتكمل بها مدة التقادم الطويل . هذا وقد يحدث العكس بأن يكون الســلف حســن النية ولديه سبب صحيح ودامت حيازته مثلا ثلاث

سنوات ، وكان الخلف سئ النية يعلم أن العقار غير مملوك لسلفه ، وفى هذه الحالة لايستطيع الخلف أن يتملك بالتقادم الخمسى لأنه سئ النية ، ولكنه يستطيع أن يتملك العين بالتقادم الطويل، فيضم حيازة سلفه إليه ويستمر في حيازته هو مدة اثنتى عشرة سنة(١).

٢- أن يكــون الحــق الــذى حازه السلف هو ذات الحق الذى يحــوزه الخلف أو يتضمنه ، ويترتب على ذلك أنه إذا كان الخلف الخاص يريد التمسك بالتقادم المكسب لملكية الشيء فلن يستطيع أن يتمسك بحيازة السلف إذا كان هذا حائزا للشيء بوصفه صاحب حق انــتفاع فقــط ، وعلى العكس إذا كان الخلف الخاص قد تلقى حق انتفاع من سلفه الذى كان حائزا بصفته مالكا ، كان له أن يضم مدة حيازة سلفه ليتمسك بكسبه الانتفاع بمضى المدة في مواجهة المالك الحقــيقى للشــيء . ذلــك أن الانتفاع داخل في الملكية إذ هو من عناصرها .

٣- أن تكــون حيازة السلف صالحة للتقادم المكسب الذى يريد الخلف أن يتمسك به . وعلى ذلك إذا أراد الخلف أن يتمسك بالتقادم القصــير الخمســى ، لأنه كان حسن النية ومستندا في حيازته إلى ســبب صــحيح ، فهــو لايستطيع أن يضم مدة سلفه ، إلا إذا كان

---

(١) محمد على عرفه ص ١٤٨- رمضان أبو السعود ص ٤٠٩ ومابعدها.

الأخير حسن النية ولديه السبب الصحيح . أما إذا كان سئ النية أو تخلف لديه هذا السبب ، فليس للخلف إلا أن يمضى في حيازته هو، فيتملك العين بمضى خمس سنوات بشرط وجود السبب الصحيح وحسن النية . ومع ذلك فيستطيع الخلف أن يضم إلى مدة حيازته مدة حيازة سلفه ليتملك العقار بالتقادم الطويل .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إن كل ما اشترطه القانون لكسب الملكية بوضع اليد هو ثبوت قيامه مستوفيا لشرائطه مدة خمسة عشر عاما يستوى أن تكون كلها في وضع يد مدعى الملكية أو في وضع يد سلفه أو بالاشتراك بينهما بحيث لايقل مجموع مدتها عن الخمسة عشر عاما دون حاجة لبيان مدة وضع يد كل واحد منهما وبغير حاجة إلى النظر في عقود ملكيتهم ولايهم أن تكون هذه العقود مسجلة أم غير مسجلة رسمية أو عرفية كما لايهم أن تقدم هذه العقود إلى المحكمة أو لا تقدم لسبب أو لآخر " .

(طعن رقم ١١٧ لسنة ٢٢ ق جلسة ١٩٥٥/١١/١٧)

٢- " يجوز للخلف الخاص أن يضم إلى حيازته حيازة سلفه في كل ما يرتبه القانون على الحيازة من أثر وكل ما اشترطه لكسب الملكية بوضع اليد هو ثبوت قيامه مستوفيا لشرائطه المدة التى حددها القانون يستوى في ذلك أن تكون كلها في وضع يد مدعى

الملكـــية أو فـــي وضـــع يد سلفه أو بالإشتراك بينهما بحيث لايقل مجمـــوع مدتيهما عن تلك المدة التى حددها القانون بغير حاجة إلى الـــنظر فـــي مســـتندات ملكيـــتهم ذلك أن وضع اليد المدة الطويلة بشروطه القانونية يعد بذاته سببا لكسب الملكية مستقلا عن غيره من أسباب اكتسابها الأخرى " .

(طعن رقم ٤٩٤ لسنة ٤٠ ق جلسة ١٩٧٩/٥/١٦)

٣- " من المقرر أن للبائعين وخلفهم أن يتمسكوا بوضع يدهم المدة الطويلة المكسبة- متى توافرت لهم شروطه – في مواجهة من يدعـــى حقـــا يعارضهم أيا كان سنده وهو ما يجعل بالتالى لخلفهم المشـــترى – مصـــلحة محققـــة في رفع الدعوى بصحة ونفاذ عقد مشـــتراه ليكون الحكم الصادر فيها سندا له في ثبوت الملكية بوضع اليد بالتقادم المكسب خلفا للبائعين له ومورثهم – وهو ما يجوز في صحيح القانون – اعتباره سندا ناقلا للملكية وقابلا للشهر عنه فضلا عـــن كفايـــته في ذاته سندا صالحا للاحتجاج به قبل من ينازعه في ثـــبوت هذا الحق له أو يدعى عليه بأى حق يعارضه وتلك بدورها غاية تجيز إقامة الدعوى بصحة ونفاذ العقد وتوجب قبولها " .

(طعن رقم ٥٣٧ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٨٣/١/١١)

٤- " المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن يشترط لكسب الملكية بوضـــع اليد المدة الطويلة ثبوت قيامه مستوفيا لشرائطه مدة خمسة

عشر يوما يستوى أن تكون كلها في وضع يد مدعى الملكية أو في وضع يد سلفه أو بالاشتراك بينهما بحيث لايقل مجموع مدتهما عن الخمسة عشر عاما . ومقتضى ذلك أن مدعى التملك بوضع اليد إذا أراد ضـــم مدة سلفه إلى مدته فعليه أن يثبت أمام محكمة الموضوع أن سلفه كان حائزا حيازة توافرت فيها الشروط القانونية من ظهور واســتمرار وهدوء مقرونة بنية التملك بلا انقطاع عن حيازته التى كانت مستوفية لتلك الشروط أيضا " .

(طعن رقم ٢٨١ لسنة ٥٦ ق جلسة ١٩٩٠/١٢/٢٠- غير منشور)

٥٩ ـ يشـترط لضـم مـدة حيازة السلف انتقال الحيازة إلى الخلـف عـلى نحـو يمكـنه من السيطرة الفعلية على الشيء :

وقـــد أوضحت ذلك محكمة النقض في حكمها الصادر بتاريخ ١٩٧٩/٤/٢٦ في الطعن رقم ٤٤٧ لسنة ٤٦ ق بقولها :

" تنص المادة ٩٥٢ من القانون المدنى على أنه " تنتقل الحيازة مـــن الحائــز إلـــى غيره إذا اتفقا على ذلك وكان في استطاعة من انتقلـــت إليه الحيازة أن يسيطر على الحق الواردة عليه الحيازة ولو لم يكن هناك تسليم مادى للشيء موضوع هذا الحق" ، وتنص الفقرة الثانية من المادة ٩٥٥ من القانون المذكور على أنه " ويجوز للخلف الخـــاص أن يضم إلى حيازته حيازة سلفه في كل ما يرتبه القانون

على الحيازة من أثر " ومفاد هذا أن ادعاء الخلف الخاص الملكية بالـتقادم الطويل المدة بضم مدة حيازة سلفه يقتضى انتقال الحيازة إلى الخلف على نحو يمكنه معه السيطرة الفعلية على الشيء ولو لم يتسـلمه تسـليما ماديـا مع توافر الشرائط القانونية الأخرى لكسب الملكـية بوضع اليد مـدة خمسة عشر عاما، يستوى أن تكون كلها فـي وضـع يـد مدعى الملكية أو في وضع يد سلفه أو بالاشتراك بينهما " .

(طعن رقم ٤٤٧ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٧٩/٤/٢٦)

(أنظر أيضا طعن رقم ١٣٦ لسنة ٥٧ ق "هيئة عامة" بجلسة ١٩٩٦/١/٢- طعن رقم٣٩١٨ لسنة ٦٨ ق جلسة ٢٠٠٠/١/١٨ منشورين ببند ٦٢) .

٦٠ ـ نطاق ضم مدة حيازة السلف إلى الخلف :

قاعدة ضم حيازة السلف إلى حيازة الخلف لاتسرى إلا إذا كان الخلـف المتمسك بالتقادم يريد الاحتجاج به قبل غير من باع له أو غير من تلقى الحق ممن باع له ، بحيث إذا كان السلف مشتركا فلا يجـوز للحائز المتمسك بالتقادم أن يفيد من حيازة سلفه لإتمام مدة التقادم .

والسـلف المشترك هو من يتصرف في عين تكون هى بذاتها محل تصرف منه لآخر .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " قـاعدة ضم حيازة السلف إلى حيازة الخلف لاتسرى إلا إذا أراد المتمسك بالتقادم أن يحتج به قبل غير من باع له ، أو غير مـن تلقـى الحق ممن باع له ، بحيث إذا كان السلف مشتركا ، فلا يجوز للحائز المتمسك بالتقادم أن يستفيد من حيازة سلفه لإتمام مدة الخمـس عشـرة سنة اللازمة لاكتساب الملك بالتقادم قبل من تلقى حقه من هذا السلف" .

(طعن رقم ١٣٠ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧٢/٣/٢٣)

٢- " قـاعدة ضـم حيازة السلف إلى حيازة الخلف وعلى ما جـرى به قضاء المحكمة لاتسرى إلا إذا أراد المتمسك بالتقادم أن يحـتج به قبل غير من باع له أو غير من تلقى الحق ممن باع له، بحيث إذا كان السلف مشتركا فلا يجوز للحائز المتمسك بالتقادم أن يسـتفيد مـن حـيازة سلفه لإتمام مدة الخمس عشرة سنة اللازمة لاكتساب الملك بالتقادم قبل من تلقى حقه عن هذا السلف ".

(طعن رقم ٦٧١ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٧٨/٢/٢٨)

٣- " السـلف المشـترك هو من يتصرف في عين تكون هى بذاتها محل تصرف منه لآخر ، وإذ كان العقار الذى آل إلى الشفيع – الطاعـن – مـن المطعون عليهما الثانية والثالثة بموجب العقد المـؤرخ ١٩٦٧/٧/١١ يغايـر العقـار الذى تلقاه المشفوع منه –

المطعـون علـيه الأول – من ذات البائعتين ، فإن الحكم إذ اعتبر هاتيـن الأخيرتين سلفا مشتركا ورتب على ذلك عدم جواز احتجاج الشفيع قبل المشفوع منه بضم مدة حيازة سلفه لمدة حيازته يكون قد أخطأ في تطبيق القانون " .

(طعن رقم ٨٩٠ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٧٨/٦/٢٧)

٤- " لئن كان من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن قاعدة ضم حـيازة السلف إلى مدة حيازة الخلف لاتسرى إلا إذا أراد المتمسك بهـا أن يحتج بها قبل غير من باع له أو غير من تلقى الحق ممن باع له ، بحيث إذا كان السلف مشتركا ، فلا يجوز للحائز المتمسك بالـتقادم أن يفـيد مـن حيازة سلفه لإتمام مدة الخمس عشرة سنة اللازمة لاكتساب الملكية بالتقادم قبل من تلقى حقه عن هذا السلف ، إلا أنـه لمـا كـان من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن مقتضى القضاء بصورية أحد العقدين الصادرين من السلف صورية مطلقة ألا يكـون ثمة وجود في الحقيقة إلا للعقد الآخر ومن ثم فلا يكون ثمة ما يحول قانونا دون ضم مدة حيازة صاحب هذا العقد إلى مدة حيازة سلفه ".

(طعن رقم ٢٢٩ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٥/١/٢٩)

٥- " لمـا كان الثابت من الأوراق أن المطعون ضدهما الثالث والـرابع قـد باعـا أرض النزاع إلى المطعون ضده الثانى بالعقد العـرفى المـؤرخ ١٩٨٣/٨/٢٨ ثـم أعادا بيع ذات الأرض إلى

المطعـون ضده الأول بالعقد العرفى المؤرخ ١٩٨٥/٣/١٥ ، فإن المطعـون ضـدهما الثالث والرابع يكونان سلفا مشتركا لكل من المطعـون ضـدهما الأول والـثانى فـلا يجوز لأى من الأخيرين التمسـك قـبل الآخـر بضـم حيازة السلف المشترك المشار إليه (المطعـون ضـدهما الثالـث والرابع) إلى حيازته وبالتالى لايحق للطاعنيـن أن يتمسـكوا بضـم حيازة البائعين لسلفهم إلى حيازتهم توصـلا إلـى اكتساب ملكية أرض النزاع بوضع اليد عليها المدة الطويلـة المكسبة للملكية ، ومتى كان ذلك فلا على الحكم المطعون فـيه إن هو التفت عن تحقيق دفاع الطاعنين في هذا الخصوص أو لـم يرد عليه باعتباره لايستند إلى أساس قانونى سليم مما لايشكل دفاعـا جوهريا قد يتغير به وجه الرأى في الدعوى فيما لو تعرض له الحكم " .

(طعن رقم ٢٠٠٠ لسنة ٦٣ ق جلسة ٢٠٠٠/٦/١١ - لم ينشر بعد)

٦١ ـ ضم مدة حيازة السلف لايتعلق بالنظام العام :

ضـم مدة حيازة السلف إلى مدة حيازة الخلف لايتعلق بالنظام العـام . ومن ثم فإنه يجب على الحائز إذا أراد ضم مدة سلفه إلى مدتـه أن يـبدى هذا الطلب أمام محكمة الموضوع ويثبت أن سلفه كـان حائزا حيازة توافرت فيها الشروط القانونية . ومن ثم لايجوز إبداء هذا الطلب لأول مرة أمام محكمة النقض .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " مـن المقرر أن للمشترى باعتباره خلفا خاصا للبائع أن يضم إلى حيازته حيازة سلفه في كل ما يرتبه القانون على الحيازة مـن آثـار ومنها التملك بالتقادم المكسب ، وأنه ليس ثمة ما يمنع مدعـى التملك بهذا السبب من أن يستدل بعقد شرائه غير المسجل علـى انـتقال حيازة العين إليه وتكون حيازته فيهذه الحالة امتدادا لحـيازة سـلفه الـبائع له كما أنه من المقرر كذلك إن على مدعى الـتملك بوضـع اليد إذا أراد ضم مدة سلفه إلى مدته أن يبدى هذا الطلـب أمـام محكمة الموضوع ويثبت أن سلفه كان حائزا حيازة توافرت فيها الشروط القانونية " .

(طعن رقم ٣٧ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٧٦/٦/٣٠)

٢- " للمشترى باعتباره خلفا خاصا للبائع أن يضم إلى حيازته حـيازة سـلفه في كل ما يرتبه القانون على الحيازة من آثار ومنها التملك بالتقادم المكسب إلا أنه على مدعى التملك في هذه الحالة إذا أراد ضم مدة حيازة سلفه إلى مدة حيازته أن يبدى هذا الطلب أمام محكمـة الموضـوع ويثبت أن سلفه كان حائزا حيازة توافرت فيها الشروط القانونية " .

(طعن رقم ١٤٩٩ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٣/٣/١٦)

٣- " من المقرر – في قضاء هذه المحكمة – أن لمدعى التملك بوضع اليد إذا أراد ضم مدة سلفه إلى مدته أى يبدى هذا الطلب أمام محكمة الموضوع ويثبت أن سلفه كان حائزا حيازة توافرت لها الشروط القانونية ، وإذ كانت الطاعنة لم تتمسك أمام محكمة الموضوع بتملكها أرض النزاع بوضع اليد المدة الطويلة استمرارا لوضع يد سلفها ، فإن ما تثيره بسبب النعى يكون سببا جديدا لاتجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض " .

(طعن رقم ٧٣٢ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٨٥/١٢/١٧)

٤- (أ)- " التملك بوضع اليد المدة الطويلة المكسبة للملكية لايتعلق بالنظام العام ومن ثم يتعين على مدعى التملك بهذا الطريق أن يتمسك به أمام محكمة الموضوع بطريق الطلب الجازم إذ ليس لها أن تثيره من تلقاء نفسها " .

(ب)- " البين من مدونات الحكم المطعون فيه أن الطاعنين لم يثيروا أمام محكمة الموضوع دفاعهم الوارد بسبب النعى وهو انتقال الملكية إليهم بوضع اليد عملا بالمادة ٩٦٩ من القانون المدنى ولم يقدموا في طعنهم الماثل الدليل على عرضه لدى تلك المحكمة ولئن تعلق هذا الدفاع بسبب قانونى إلا أن تحقيقه يقوم على اعتبارات يختلط فيها الواقع بالقانون مما لايجوز التحدى به لأول مرة أمام محكمة النقض ".

(طعن رقم ١٣١٢ لسنة ٦١ ق جلسة ١٩٩٦/٣/١٣)

وفـــي دعـــوى تثبيت الملكية استنادا إلى التقادم الطويل ، يعتبر اســـتدلال المدعـــى على ذلك في محاضر أعمال الخبير بوضع يد البائعين لمورثه طلبا بضم مدة حيازة مورثه إلى مدة حيازته .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" لما كان البين من الأوراق أن مورث الطاعنين استند في طلب تثبيـــت ملكيـــته إلـــى التقادم الطويل واستدل على ذلك في محاضر أعمـــال الخبير بوضع يد البائعين لمورثه مما مؤداه أنه طلب ضم مـــدة حـــيازتهم إلى مدة حيازة مورثه وكان الحكم المطعون فيه قد تحجـــب عن مواجهة هذا الدفاع وأقام قضاءه على أن حيازة مورث الطاعنين لم تكتمل لها مدة التقادم الطويل دون أن يبحث مدة حيازة البائعين له فإنه يكون قد عاره قصور مبطل " .

(طعن رقم ١٥٧٩ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٩٠/١/٣٠)

٦٢ ـ لايشــترط لضم حيازة السلف إلى حيازة الخلف عدم ملكية السلف للعقار موضوع الحيازة :

رأيـــنا أن الفقـــرة الثانـــية من المادة تنص على أن : " ويجوز للخلـــف الخاص أن يضم إلى حيازة سلفه في كل ما يرتبه القانون علـــى الحـــيازة من أثر " . وقد جاء هذا النص مطلقا من كل قيد ، والقاعدة أن المطلق يجرى على إطلاقه ولايجوز تقيده . وعلى ذلك

فــإن مقتضى هذا النص ،ي إطلاقه أنه يجوز للخلف الخاص وفى جميع الأحوال ضم مدة حيازة سلفه إلى مدة حيازته بحسب امتدادها ليكســب ملكية العقار بالتقادم . وبغير حاجة إلى النظر فيما إذا كان السلف مالكا للشيء وقت تصرفه فيه إلى خلفه أم غير مالك [١].

وهذا ما قضت به الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية في حكمهـا الصـادر في الطعـن رقم ١٣٦ لسنة ٥٧ ق " هيئة عامة" بجلسة ١٩٩٦/١/٢ والذى ذهبت فيه إلى أن :

"وحيــث إن الدائــرة المدنية المختصة رأت بجلستها المعقودة بــتاريخ ١٩٩٥/٧/١٣ إحالة الطعن إلى الهيئة العامة للمواد المدنية والــتجارية ومواد الأحوال الشخصية للفصل فيه عملا بنص الفقرة الثانية من المادة الرابعة من قانون السلطة القضائية رقم ١٩٧٢/٤٦ وإذ حــددت الهيئة جلسة لنظره قدمت النيابة مذكرة عدلت فيها عن رأيها السابق وأبدت الرأى بنقض الحكم .

وحيــث إن الأصــل في الحيازة أنها لصاحب اليد ، يستقل بها ظاهــراً فيها بصفته صاحب الحق غير أنه عند قيام رابطة قانونية بيــن حــيازة السلف وحيازة الخلف فإنه يجوز للخلف أن يضم إلى حيازته حيازة سلفه في كل ما يرتبه القانون على الحيازة من آثار، ومــنها التملك بالتقادم المكسب ، وكان نص الفقرة الثانية من المادة

---

(١) نبيل إبراهيم سعد ص ٥٠٠ .

٩٥٥ من القانون المدنى على أن " ويجوز للخلف الخاص أن يضم إلـــى حيازته حيازة سلفه في كل ما يرتبه القانون على الحيازة من أثر " يدل على أن كل ما اشترطه المشرع لاكتساب الخلف الخاص الملكـــية بوضـــع الـــيد بضم مدة حيازة سلفه إلى حيازته هو ثبوت قيامها مستوفية لشرائطها القانونية بحيث لايقل مجموع مدة الحيازتين عـــن خمـــس عشرة سنة بغير حاجة إلى النظر فيما إذا كان السلف مالكـــا للشيء وقت تصرفه فيه إلى خلفه أو غير مالك ، متى كانت الحـــيازة قد انتقلت إلى الخلف على نحو يمكنه معه السيطرة الفعلية علـــى الشـــيء ولـــو لم يتسلمه مادياً ، إذ المقرر أن الحيازة متى توافـــرت لهـــا الشرائط التى استلزمها القانون واستمرت مدة خمس عشـــرة ســـنة تعـــد بذاتها سبباً لكسب الملكية مستقلا عن غيره من أســـباب اكتســـابها ، لمـــا كـــان ذلك وكان الحكم الصادر من هذه المحكمـــة بجلســـة ١٩٨٣/٤/٢٨ فـــي الطعـــن ١٧٥١ لسنة ٤٩ق والأحكـــام الأخرى التى نحت منحاه قد جرت في قضائها على غير هـــذا الـــنظر مقررة أنه يشترط لإجازة ضم الخلف الخاص حيازة سلفه إلى حيازته ليكسب ملكية عقار بالتقادم تطبيقاً للفقرة الثانية من المـــادة ٩٥٥ مـــن القانون المدنى ألا يكون هذا السلف مالكاً للعقار وقـــت تصرفه فيه إلى خلفه ، أما إذا كان السلف مالكاً له فعلا بأى طـــريق من طرق الملكية فإنه يبقى هو المالك له دون خلفه الخاص

الـذى لايتملكه منه إلا بتسجيل سنده أو بالتقادم الناشئ عن حيازته هـو الخاصة به المستوفية لأركانها ومدتها فإنه يتعين العدول عما قررته وذلك بالأغلبية المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة الرابعة من قانون السلطة القضائية .

وحيـث إنه عملا بنص الفقرة بذاتها فإنه يتعين على الهيئة أن تفصل في الطعن المحال إليها .

وحيث إن الطعن استوفى أوضاعه الشكلية.

وحيـث إن مما ينعاه الطاعن على الحكم المطعون فيه الخطأ فـي تطبـيق القانون والقصور في التسبيب حين أقام قضاءه بإلغاء الحكم المستأنف وبرفض دعواه على عدم أحقيته في ضم مدة حيازة سلفه المطعون ضده الثانى إلى حيازته لكون هذا السلف مالكاً للعقار الـذى تصـرف فـيه إليه وبالتالى لايجوز للخلف الخاص في هذه الحالـة أن يضـم إلى حيازته حيازة سلفه في حين أن نص الفقرة الثانـية من المادة ٩٥٥ من القانون المدنى لايشترط ذلك بما يعيب الحكم بما يستوجب نقضه .

وحيث إن هذا النعى في محله ذلك أن مؤدى نص الفقرة الثانية مـن المـادة ٩٥٥ من القانون المدنى – وعلى ما تقدم بيانه – أنه يجـوز للخلف الخاص وفى جميع الأحوال باعتباره خلفاً للبائع ضم مـدة حـيازة سـلفه إلى مدة حيازته بحسب امتدادها ليكسب ملكية

العقـــار بالـــتقادم ، لمـــا كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بإلغاء الحكم المستأنف ورفض دعوى الطاعن على سند من أنـــه يشترط لإعمال هذا النص ألا يكون السلف مالكاً للشيء وقت تصـــرفه فـــيه إلى خلفه فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون وقد حجـــبه ذلـــك عن تحقيق دفاع الطاعن من أنه اكتسب ملكية العقار محـــل الـــنزاع بوضع اليد الذى استوفى شروطه القانونية مدة تزيد علـــى خمس عشرة سنة بضم مدة حيازة سلفه إلى حيازته وهو ما يعيـــبه أيضا بالقصور مما يوجب نقضه لهذا السبب دون حاجة إلى بحث باقى أسباب الطعن " .

وقد قضت الدائرة المدنية بمحكمـة النقض بـأن :

١- " وحيـــث إن هـــذا الـــنعى سديد ذلك بأن النص في الفقرة الثانية من المادة ٩٥٥ من القانون المدنى على أنه " ويجوز للخلف الخـــاص أن يضم إلى حيازته حيازة سلفه في كل ما يرتبه القانون على الحيازة من أثر " . إنما يدل – وعلى ما استقر عليه قضاء هذه المحكمـــة- أن كـــل ما اشترطه المشرع لاكتساب الخلف الخاص الملكـــية بوضـــع الـــيد بضم مدة حيازة سلفه إلى حيازته هو ثبوت قـــيامها مستوفية لشرائطها القانونية بحيث لايقل مجموع الحيازتين عـــن خمـــس عشرة سنة بغير حاجة إلى النظر فيما إذا كان السلف مالكـــا للشـــيء وقت تصرفه فيه إلى خلفه أم غير مالك متى كانت

الحـــيازة قد انتقلت إلى الخلف على نحو يمكنه معه السيطرة الفعلية علـــى الشيء ولو لم يتسلمه تسلماً ماديا مادام المتمسك بالتقادم يريد أن يحتج بهذا الضم قبل غير من باع له أو غير من تلقى الحق ممن بـــاع له وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وأقام قضاءه على أن البائع للطاعنة كان وقت التصرف إليها فى ١٩٧٠/٦/٨ قد تملك العقار المبيع بالحيازة المكسبة للملكية وامتنع بذلك عن ضم حيازته إلى حيازتها وانتهى إلى رفض دعواها باعتبار أنه وقت رفعها عام ١٩٧٨ لـــم تكـــن مـــدة التقادم المكسب للملكية الناشئ عن حيازتها الخاصة المستوفية لشروطها قد اكتملت فإنه يكون بذلك قد أخطأ فى تطبيق القانون بما يوجب نقضه وذلك مادام أن الطاعنة على ما هو ثابـــت بالأوراق بعد تنازلها عن مخاصمة ورثة البائع لها – لاتريد أن تحـــتج بضم حيازتها إلى حيازة سلفا قبلهم . وحيث إنه لما تقدم يتعين نقض الحكم " .

(طعن رقم ٢٠٨٥ لسنة ٦١ ق جلسة ١٩٩٧/١١/١٣ – لم ينشر بعد)

٢- " وحيـــث إن هذا النعى فى محله ، ذلك أن المقرر– وعلى مـــا جرى به قضاء هذه المحكمة – أن كل طلب أو وجه دفاع يدلى به لدى محكمة الموضوع ويطلب إليها بطريق الجزم أن تفصل فيه

ويكـــون الفصل فيه مما يجوز أن يترتب عليه تغيير وجه الرأى فى الدعـــوى يجــب على محكمة الموضوع أن تجيب عليه فى أسباب الحكـــم وإلا كـــان حكمها مشوباً بالقصور ، وكان المقرر أن وضع اليد المدة الطويلة المكسبة للملكية إذا توافرت فيه الشروط القانونية يعد بذاته سبباً لكسب الملكية مستقلاً عن غيره من أسباب اكتسابها، وأن وضع اليد واقعة مادية العبرة فيها بوضع اليد الفعلى المستوفى عناصره القانونية لا بما يرد بشأنها فى محرر أو تصرف قانونى قد يطـــابق أو لايطابق الواقع ، كما أن المقرر أن الأصل فى الحيازة أنها لصاحب اليد ، يستقل بها ظاهراً فيها بصفته صاحب الحق غير أنـــه عند قيام رابطة قانونية بين حيازة السلف وحيازة الخلف فإنه يجـــوز للخلـــف أن يضم إلى حيازته حيازة سلفه فى كل ما يرتبه القـــانون على الحيازة من آثار ومنها التملك بالتقادم المكسب وكان نـــص الفقـــرة الثانـــية من المادة ٩٥٥ من القانون المدنى على أن "ويجوز للخلف الخاص أن يضم إلى حيازته حيازة سلفه فى كل ما يرتبه القانون على الحيازة من أثر " ، يدل على أن كل ما اشترطه المشرع لاكتساب الخلف الخاص الملكية بوضع اليد بضم مدة حيازة سلفه إلى حيازته هو ثبوت قيامها مستوفية لشرائطها القانونية بحيث لايقـــل مجموع مدة الحيازتين عن خمس عشرة سنة بغير حاجة إلى الـــنظر فيما إذا كان السلف مالكا للشيء وقت تصرفه فيه إلى خلفه

أم غـــير مالك ، متى كانت الحيازة قد انتقلت إلى الخلف على نحو يمكـــنه معـــه الســـيطرة الفعلية على الشيء ولو لم يتسلمه مادياً إذ المقرر أن الحيازة متى توافرت لها الشرائط التى استلزمها القانون واســـتمرت مـــدة خمـــس عشرة سنة تعد بذاتها سبباً لكسب الملكية مســـتقلاً عن غيره من أسباب اكتسابها لما كان ذلك وكان الثابت أن الطاعـــن تمسك أمام محكمة الموضوع بدفاع فى الدعويين الأصلية والفرعـــية أنـــه تملـــك أرض النزاع بالتقادم الطويل المكسب بضم حـــيازة سلفه إلى حيازته كما أنه اعترض على ما انتهى إليه الخبير فـــى تقريـــره من أن حيازته وفقاً للمستندات بدأت منذ عام ١٩٨٦ وطلـــب إعـــادة المأموريـــة إلى الخبير لبحث حيازته وحيازة سلفه باعتبار أن وضع اليد واقعة مادية العبرة فيها بوضع اليد الفعلى لا بمـــا يـــرد بشأنها فى المستندات ، إلا أن الحكم المطعون فيه إذ لم يتناول هذا الدفاع بشقيه بما يقتضيه من البحث والتمحيص رغم أنه دفـــاع جوهـــرى مـــن شـــأنه إن صح أن يتغير به وجه الرأى فى الدعـــوى فإنـــه يكـــون معيباً بالقصور فى التسبيب والإخلال بحق الدفـــاع والفســـاد فى الاستدلال مما يوجب نقضه لهذا السبب دون حاجة لبحث باقى أسباب الطعن ".

(طعن رقم ٣٩١٨ لسنة ٦٨ ق جلسة ٢٠٠٠/١/١٨- لم ينشر بعد)

مـــادة (٩٥٦)

تزول الحيازة إذا تخلى الحائز عن سيطرته الفعلية على الحق أو إذا فقد هذه السيطرة بأية طريقة أخرى .

الشــــرح

٦٣ ـ زوال الحيازة :

تـــنص المـــادة علـــى أن الحيازة تزول إذا تخلى الحائز عنها باختـــياره ، أو إذا فقدهـــا بأى طريقة أخرى . فقد رأينا أن الحيازة لاتقـــوم إلا باجـــتماع عنصـــريها المادى والمعنوى . ومن ثم فإنها تزول إذا تخلى الحائز عنها بعنصريها ، أو إذا فقد عنصرها المادى. أمـــا فقـــد العنصـــر المعنوى وحده فإنه غير متصور . وذلك على التفصيل الآتى :

١ـ زوال الحيازة بتخلى الحائز باختياره عن عنصريها :

تـــزول الحـــيازة بتخلى الحائز باختياره عن عنصريها المادى والمعنوى ، إذ التعبير بتخلى الحائز معناه اتجاه نيته إلى التخلى عن الشىء بقصد النزول عن حقه عليه .

وهذه هى الطريقة الغالبة لزوال الحيازة وهى تتحقق فى حالتين :

الأولـــى : حيـــن يتصـــرف الحائـــز فـــى الشىء ويسلمه إلى المتصـــرف إلـــيه الذى يخلفه فى الحيازة أو يعترف الحائز للمالك بحقـــه ثم يقوم بتسليمه الشىء إما اختيارا أو بمقتضى حكم قضائى

فـــى دعــوى استحقاق لمصلحة المالك . وهنا يبدأ المتصرف إليه حيازة جديدة مستقلة عن حيازة المتصرف .

الثانــية : أن يتخلى الحائز عن الشيء بنية تركه ، فيصبح من الأشــياء المــتروكة . ويحدث ذلك بالنسبة للمنقولات التى يتخلى عــنها أصحابها لعدم نفعها لهم . ويتفق هذا مع حكم المادة ١/٨٧١ مدنـــى التى تجرى على أن : " يصبح المنقول لا مالك له إذا تخلى عنه مالكه بقصد النزول عن ملكيته ".

ومــن ثم يصبح هذا المنقول من الأشياء المهجورة التى يجوز تملكها بالاستيلاء (١).

٢ـ زوال الحيازة إذا فقد الحائز بدون اختياره العنصر المادى.

تــزول الحيازة إذا فقد الحائز سيطرته الفعلية على الشيء بأية طــريقة كانت ، إذ أن الحيازة – كما قدمنا– جماع عنصرين لاتقوم إلا بهمــا معا ، فلايجدى الحائز نفعا فى احتفاظه بالحيازة أن يظل على نيته فىتملك الشيء ، بينما هو لا لايستطيع السيطرة عليه فعلا.

وتجب التفرقة فى هذا الشأن بين المنقول والعقار :

(أ) فــإذا كــان موضــوع الحيازة منقولا فإن الفقد يتحقق فى حالتيــن: الأولـــى حيــن يســتحوذ الغير فعلا على الشيء كما إذا اغتصـــب الغـــير هذا الشيء أو سرقه . والثانية حين يخرج الشيء

---

(١) محمد على عرفه ص ١٤٩ – رمضان أبو السعود ص ٤١٣ .

فعــلا مــن حــوزة حائزه دون تدخل من جانب أحد ، كما لوضاع الشــيء أو هــرب الحــيوان ممــن يحوزه . ففى هاتين الحالتين لايســتطيع الحائــز أن يباشر علي الشيء المنقول الأعمال المادية للحــيازة ، فــيؤدى هــذا إلى أن يفقد حيازته ، ولايجديه أن يظل محــتفظا بالعنصــر المعــنوى ، إذ النــية لاتكفى وحدها للاحتفاظ بالحيازة . ولذلك فإنه فى حالة السرقة يصبح السارق هو الحائز[١].

---

(١) عــبد المنعم الصده ص ٥٦٢ ومابعدها – وقد كان للمشروع التمهيدى لنص المادة ٩٥٦ مدنى يتضمن فقرة ثانية تقرر حكما غير هذا الحكم ، إذ كانت تجرى على الوجه الآتى :
" إذا فقــد الحائز شيئا دون أنه يحوزه شخص آخر ، كان له أن يستبقى الحــيازة بمحــض نيــته ، مادام لم يفقد الأمل فى العثور على المفقود" (مجموعــة الأعمــال التحضيرية جــ ٦ ص ٤٦٧) . وقد حذفت هذه الفقرة فى لجنة المراجعة لأنها تطبيق للقواعد العامة . والصحيح أن حكم هــذه الفقــرة المحذوفة يخالف القواعد العامة ، فإن الحيازة متى فقدت عنصرها المادى تزول ولو استبقى الحائز عنصر القصد وهو العنصر المعنوى . وقد كان المقصود بإيراد هذه الفقرة فى المشروع التمهيدى أن تكون استثناء من القواعد العامة ، لا تطبيقا لها .
أمــا وقد حذفت فلم يعد مجال لهذا الاستثناء ، ويجب اعتبار من أضاع شيئا أنه فقد حيازته ، وليس له أن يستبقى الحيازة بمحض نيته ، ولو لم يفقد الأمل فى العثور على المفقود (السنهورى ص ١٢٣٠ – عبد المنعم الصده ص ٥٦٢ هامش (١) ومابعدها – وعكس ذلك محمد على عرفه ص ١٣١ ومابعدهــا ، محمد كامل مرسى ص ٢٨، منصور مصطفى منصــور ص ٣٩٢ وبعدهــا ، فيرون أن ضياع الشيء مؤقتا لايترتب

علـــى أنه يجب التحرز من الخلط بين فقد السيطرة الفعلية على الشـــىء ، وبين عدم مباشرة هذه السيطرة بإهمال الحائز أو بسبب خارج عن إرادته . فإن فقد السيطرة الذى تزول به الحيازة يقتضى قيام عقبة تحول دون هذه السيطرة رغم إرادة الحائز .

وهذه العقبة قد تقوم بأن تعترض يد الحائز يد أخرى تحول بينه وبين مباشرة سيطرته الفعلية ، أو أن يقع حدث من شأنه قطع صلة الحائز بالشىء. أما مجرد امتناع الحائز عن مباشرة سيطرته الفعلية بإهماله أو بسبب خارج عن إرادته ، كمرض مزمن ألزمه الفراش مـــدة طويلة ، فإنه لايفقده حيازته مهما طال الزمن ، طالما أن فى وسعه أن يستعيد سيطرته على الشىء متى شاء [١].

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بـأن :

" لاتـــزول يـــد صـــاحب الحق على العين بمجرد سكوته عن الانتفاع بها ، بل يجب لذلك أن تكون قد اعترضتها يد للغير تتوافر فـــيها الشروط القانونية . فإذا كان صاحب الارتفاق على مروى لم يستعمل حقه فى الرى منها منذ عشر سنوات فإن مجرد هذا الترك للاســـتغناء لا يكـــون له تأثير فى وضع يده عليها . وإذن فمحاولة

علـــيه فقد الحيازة مادام الحائز لم يفقد الأمل فى العثور عليه وما دام لم يحوزه شخص آخر حيازة قانونية صالحة لأن تترتب عليها آثار الحيازة.

(١) محمد على عرفه ص ١٥٠ وما بعدها .

صـــاحب الأرض الـــتى تمــر فيها المروى إقامة سور عليها تعد تعرضا ليد صاحب الارتفاق معطلا لحقه " .

(طعن رقم ٧٧ لسنة ١٠ ق جلسة ١٩٤١/٢/٢٠)

(ب) إذا كان موضوع الحيازة عقارا :

إذا كان موضوع الحيازة عقارا ، فإن زوال الحيازة يتحقق إذا فقــد الحائــز سيطرته الفعلية على العقار بسبب سيطرة غيره على ذات العقار ، أى قيام حيازة معارضة لحيازته الأولى . ويحدث ذلك إذا اغتصب الغير الحيازة بالإكراه أو سيطر على الشيء بدون علم الحائز . ولكن هذه السيطرة من الغير لاتعنى أن الحائز قد فقد حقه فـــى حمايـــة حيازته . فقد منحه القانون الحق فى استرداد حيازته خـــلال ســـنة مـــن فقد حيازته (مادة ٩٥٨ مدنى) . فإذا تم للحائز اســـترداد حيازته خلال هذه السنة أو كان على الأقل قد رفع دعوى استرداد الحيازة خلال هذه السنة ، فلا تعد حيازته مفقودة . أما إذا مضـــت الســـنة دون أن يســـترد خلالهـــا حيازته أو يرفع دعوى باســـتردادها . فإنـــه يفقـــد عـــندئذ حيازته ، حتى لو كان لا يعلم باغتصـــابها ، وحـــتى لو ظل يظهر نيته فى الاحتفاظ بالحيازة ، كاستمراره فى دفع التكاليف والضرائب عن هذا العقار [1].

---

(١) عبد المنعم الصده ص ٥٦٣ وما بعدها – رمضان أبو السعود ص ٤١١ وما بعدها .

مـــادة (٩٥٧)

١- لاتنقضـــى الحيازة إذا حال دون مباشرة السيطرة الفعلية على الحق مانع وقتى .

٢- ولكـــن الحيازة تنقضى إذا استمر هذا المانع سنة كاملة، وكـــان ناشـــئا من حيازة جديدة وقعت رغم إرادة الحائز أو دون علمــــه. وتحســـب السنة ابتداء من الوقت الذى بدأت فيه الحيازة الجديدة إذا بدأت علنا ، أو من وقت علم الحائز الأول بها إذا بدأت خفية .

الشـــــرح

٦٤ـ عدم انقضاء الحيازة بالمانع الوقتى من الحيازة :

تنص الفقرة الأولى من المادة على أن : " لاتنقضى الحيازة إذا حال دون مباشرة السيطرة الفعلية على الحق مانع وقتى" .

فـــإذا حال دون مباشرة السيطرة الفعلية على الحق مانع وقتى، أى حـــال دون الحيازة المادية مانع وقتى ، فإن الحيازة لاتنقضى ، فمادام المانع ليس ناشئا عن حيازة فإن الحائز يظل محتفظا بحيازته أى لمجرد احتفاظه بنية التملك .

وقـــد يكـــون هـــذا المانع الوقتى مانعا طبيعيا أو قوة قاهرة ، كطغيان الفيضان على الأرض أو احتلال العدو للأرض [١].

---

(١) نقض٣/١٢/١٩٣٦ مشار إليه فى مؤلف عبد المنعم البدراوى ص ٤٥٧.

أما إذا غمر الأرض البحر أو النهر لمدة غير مؤقتة فإن الحائز للأرض يكون قد فقد السيطرة المادية عليها ، ومن ثم يفقد الحيازة.

٦٥ـ انقضاء الحيازة إذا استمر المانع سنة كاملة وكان ناشئا عن حيازة جديدة :

تنص الفقرة الثانية من المادة على أن : " ولكن الحيازة تنقضى إذا استمر هذا المانع سنة كاملة ، وكان ناشئا من حيازة جديدة وقعت رغم إرادة الحائز أو دون علمه " .

والفرض الذى تعالجه هذه الفقرة فتقطع الصلة بفرض المانع الوقتى الذى ورد فى الفقرة الأولى من نفس المادة ، إذ أن المانع الوقتى هو عقبة مادية نجمت عن قوة قاهرة أو حادث مفاجئ ، أما الفقرة الثانية فتفترض أن حيازة جديدة اعترضت الحيازة القائمة فحالت دون مباشرتها ، وهو فرض يقتضى زوال الحيازة لإبقائها.

على أن الحيازة لاتزول فى هذا الفرض إلا إذا انحسرت عنها الحماية القانونية ، وهى لاتنحسر عنها إلا بتوافر الشروط الآتية وهى :

١- أن تعترضها حيازة جديدة مستوفية لسائر الشروط القانونية ، ومن بينها الهدوء والعلانية .

٢- أن تمضى على الحيازة سنة ، كى يفقد الحائز حقه فى رفع دعوى استرداد الحيازة .

٣- إذا كانت الحيازة الجديدة قد شابها عنف أو خفاء وجب أن تـتطهر أولا مما يعيبها ، وإلا فإنها تكون عديمة الجدوى فى زوال الحيازة القديمة التى تبقى قائمة مهما طال الزمن ، طالما أنه لايمكن افـتراض اتجـاه نـية الحائـز إلى التخلى عنها . فإذا زال العيب وأصبحت الحيازة الجديدة مجدية فى إنتاج آثارها ، فإن بقاءها سنة من وقت انكشاف العيب عنها ، بزوال أعمال العنف أو بعلم الحائز الأول بها ، يؤدى إلى زوال الحيازة السابقة [١].

٦٦- احتساب مدة السنة :

الغالب فى الحيازة الجديدة أن تكون قد اقترنت بإكراه أو تكون قـد حصلت خفية . وقد جعل الشارع بدء سريان السنة رهينا بعلنية الحيازة . فإذا بدأت الحيازة الجديدة علنا بدأ سريان السنة من الوقت الذى بدأت فيه الحيازة ، وإذا بدأت خفية بدأ هذا السريان من وقت علـم الحائـز الأول بها ، أى أنه إذا كانت الحيازة الجديدة مشوبة بعيب الخفاء فإن ميعاد السنة لايسرى إلا من وقت زوال هذا العيب بالنسـبة إلـى الحائز الأول . على أنه يلاحظ أنه إذا مضت هذه السـنة دون أن يسترد الحائز الأول حيازته ودون أن يرفع دعوى الاسـترداد خلالها فإنه يعتبر قد فقد الحيازة من يوم أن فقد العنصر المـادى ، وليس من يوم انتهاء هذه السنة . كما أن الحيازة الجديدة

---

(١) محمد على عرفه ص ١٥٢ .

تعتـــبر أنهـــا قد بدأت من يوم وقوعها ؛ وليس من يوم انتهاء هذه السنة .

غـــير أنه إذا كانت مشوبة بإكراه أو خفاء فإنها لاتصبح حيازة صالحة لكسب الحق بالتقادم إلا من وقت زوال العيب الذى يشوبها ، حيث لايبدأ سريان مدة التقادم إلا من هذا الوقت [١].

---

(١) عبد المنعم الصده ص ٥٦٤ – السنهورى ص ١٢٣٢ .

حماية الحيازة (دعاوى الحيازة الثلاث) :

مـــادة (٩٥٨)

١- لحائــز العقار إذا فقد الحيازة أن يطلب خلال السنة التالية لفقدهــا ردها إليه ، فإذا كان فقــد الحيازة خفية بدأ سريان السنة من وقت أن ينكشف ذلك .

٢- ويجوز أيضا أن يسترد الحيازة من كــان حــائزا بالنيابة عن غيره .

الشــــرح

٦٧ـ دعاوى الحيازة عامة تحمى حيازة العقار دون المنقول:

كانــت دعــاوى الحــيازة في ظل التشريع الرومانى والتشريع الفرنســى القديم تكفل حماية كافة الأموال والحقوق العينية العقارية والمــنقولة علــى السواء . إلا أن التقنينات الحديثــة – ومن بينها التقنيــن المدنــى – جــرت على الحد من هذه الدعاوى بأن جعلها مقصــورة فقط على حماية الأموال والحقوق العينية العقارية ، دون الأموال والحقوق العينية المنقولة .

ويــرجع ذلــك إلى أن المنقول ليس كالعقار مستقر ثابت يتيسر معه تمييز الحيازة عن الملكية في شأنه ، فيد الحائز للمنقول تختلط بيــن المالك ، وبالتالى تختلط الحيازة في المنقول بالملكية . فدعوى

الملكية تحمى حيازة المنقول وملكيته معا . فالحيازة في المنقول إذا اقترنت بحسن النية هى سند الملكية (١).

(١) المستشار على أحمد حسن ص ١٧٤ – المستشار محمد عبد اللطيف ص ٣٠٨ – وقد قضت محكمة النقض بأن :
" دعوى الطرد للغصب ليست دعوى حيازة وإنما هى دعوى موضوعية تكـون فـيها مهمـة المحكمة بعد ثبوت حق رافع الدعوى في استعمال الشـيء واستغلاله أن تبحث سند واضع اليد ، وهى لاتستطيع البت في اعتبار واضع اليد غاصبا أو غير غاصب إلا بعد تكييف السبب القانونى الذى يستند إليه في وضع اليد وبحث توافر أركانه وشروط صحته ومداه فـي ضـوء الأحكـام القانونية الخاصة بكل سبب من أسباب اكتساب الحقوق".
(طعن رقم ٨٠٢٤ لسنة ٦٥ ق جلسة ٢٠٠٢/٤/٨)

(الدعوى الأولى)
(دعوى استرداد الحيـازة)

٦٨ـ تعريف دعــوى استرداد الحيـازة :

دعــوى اســترداد الحــيازة شرعت لحماية الحائز من أعمال الغصـــب ، ومن ثم كان رفعها رهنا بأن يكون لرافعها حيازة مادية حالــية ، ومعــنى كونهــا مادية أن تكون يد الحائز متصلة بالعقار اتصـــالا فعلــيا يجعل العقار تحت تصرفه المباشر ، ومعنى كونها حالــية أن يكون هذا الاتصال قائما حال وقوع الغصب ، ولايشترط أن تكون هذه الحيازة بنية التملك ، ويكفى لقبولها أن يكون لرافعها حــيازة فعلــية ، ومن ثم يجوز رفعها من المستأجر والمراد بالقوة المســتعملة لسـلب الحــيازة كــل فعل مادى أدى إلى منع الحيازة الواقعــية لا فــرق فــي ذلك بين القوة المادية أو المعنوية، ولو لم تستعمل القوة أو العنف [١].

---

(١) نقض طعن رقم ٧١١ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٦/٥/٥، طعنان رقما ٢٥، ٢٨ لســنة ٥٠ق جلســة ١٩٨١/١/١ – طعن رقم ١٣١٢ لسنة ٥٢ ق جلسة ١٩٨٧/٢/١٢ .

شـروط دعوى اسـترداد الحيـازة

يشـترط لـرفع دعوى استرداد الحيازة توافر الشروط الثلاثة الآتية :

١- وجود حيازة مادية لعقار .

٢- سلب الحيازة من الحائز عنوة .

٣- رفـع الدعوى خلال السنة التالية لسلب الحيازة ، أو خلال سنة من وقت انكشاف سلب الحيازة إذا تمت خفية .

ونعرض لهذه الشروط بالتفصيل على النحو التالى .

الشـــرط الأول
وجود حيازة مادية لعقار

٦٩ـ المقصود بالحيازة المادية :

ذكــرنا أن دعوى استرداد الحيازة تقوم قانونا على رد الاعتداء غير المشروع بصرف النظر عن وضع اليد في ذاته .

ولذلك يكفى لرفع دعوى استرداد الحيازة أن يكون الحائز حائزا لعقــار حيازة مادية هادئة ظاهرة حالية ، فلا يلزم أن يكون حائزا حيازة قانونية يتوافر فيها الركنان المادى والمعنوى .

والمقصــود بالحيازة المادية، أن تكون يد الحائز متصلة بالعقار اتصالا فعليا يجعل العقار تحت تصرفه المباشر.

ومعنى كون الحيازة حالية أن يكون هذا الاتصال قائما في حالة وقوع الغصب والعبرة في ثبوت هذه الحيازة – وهى واقعة مادية– بما يثبت قيامه فعلا ولو خالف الثابت بمستندات .

ويجب أن تكون الحيازة هادئة ظاهرة ولايشترط أن تستمر الحيازة لمدة سنة ، كما هو الحال في دعوى منع التعرض .

وإن كنا سنرى أن استمرار الحيازة لمدة سنة له أهمية عند المفاضلة بين حيازتين (أنظر شرح المادة ٩٥٩ مدنى) .

وطالما لايشترط في الحيازة توافر ركنها المعنوى ، فإنه يجوز رفع دعوى استرداد الحيازة من كل من :

١- **الحائز العرضى :** وهو الحائز لحساب غيره كصاحب حق الانتفاع أو المرتهن رهن حيازة، أو المستأجر أو الحارس القضائى، فهم يحوزون حق الملكية حيازة عرضية لحساب المالك .

وقد نصت على ذلك صراحة الفقرة الثانية من المادة ٩٥٨ بقولها : " ويجوز أيضا أن يسترد الحيازة من كان حائزا بالنيابة عن غيره " .

ومع مراعاة أن المادة أجازت للمستأجر رفع كافة دعاوى وضع اليد .

٢- الحائز على سبيل التسامح[١] **:** ولو رفعت الدعوى ضد المالك الذى أجاز له الحيازة على سبيل التسامح .

٣- الحائز بموجب ترخيص إدارى :

إذا كـــان المرخص له بالانتفاع بالمال العام قد تعرض له الغير بقصد منع انتفاعه بهذا المال ، لأن المرخص له بالانتفاع بجزء من هذا المال له نوع من الحيازة تخول له الاحتماء بدعاوى وضع اليد ضد كل من يتعرض له من الأفراد في الانتفاع بهذا المال .

أما إذا كانت الحكومة هى التى منعت المرخص له من الانتفاع بالمـــال العـــام قـــبل انقضاء مدة الترخيص فلا يجوز للمرخص له الالتجاء إلى قاضى اليد بطلب استرداد حيازته لهذا المال ، لأن هذه التراخـــيص غـــير ملـــزمة للسلطة المرخصة التى لها دائما لداعى المصـــلحة العامة الحق في إلغائها والرجوع فيها قبل حلول أجلها، وعـــدا ذلـــك تخضع لحكم الشروط والقيود الواردة فيها ، وإعطاء التراخـــيص ورفضـــها والرجوع فيها كل ذلك أعمال إدارية بحكم القانون العام .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إن دعـــوى استرداد الحيازة تقوم قانونا على رد الاعتداء غـــير المشروع بدون نظر إلى وضع اليد في ذاته ، وذلك لايشترط

---

(١) محمد كامل مرسى ص ٣٥ - السنهورى ص ١٢٤٧ .

فيها لا نية التملك عند واضع اليد ولا وضع اليد لمدة سنة على الأقل سابقة على التعرض ويصح رفعها ممن ينوب عن غيره في الحيازة ، بل ممن كانت حيازته عن تسامح من صاحب اليد ، ويكفى في قبولها أن يكون لرافعها حيازة واقعية هادئة ظاهرة وإنما يشترط أن يقع سلب الحيازة بقوة أو إكراه [(١)]، فإذا قبلت المحكمة دعوى استرداد الحيازة مع أن وضع يد المدعى عليه فيها لم يقم بقوة ولا اكراه فإنها تكون قد أخطأت في تطبيق القانون .

(طعن رقم ٣٢ لسنة ٣ ق جلسة ١٩٣٣/٦/٢٦)

٢- " إن دعوى استرداد الحيازة إنما شرعت لحماية الحائز من أعمال الغصب ، ومن ثم كان قبولها رهنا بأن يكون لرافعها حيازة مادية حالية. ومعنى كونها مادية أن تكون يد الحائز متصلة بالعقار اتصالا فعليا يجعل العقار تحت تصرفه المباشر ومعنى كونها حالية أن يكون هذا الاتصال قائما في حالة وقوع الغصب ، فإذا كان الثابت أن العقار محل الدعوى (شادر) قد صدر حكم بإغلاقه لمخالفة ارتكبها مستأجره ، ونفذ حكم الإغلاق بإخراج جميع الأشياء التىكانت به وإغلاقبابه ووضع الأختام عليه، فإن حيازة المستأجر المادية للشادر تكون قد زالت نتيجة تنفيذ الحكم الجنائى الصادر

---

(١) هذا الحكم صدر في ظل التقنين المدنى القديم ، وهو يشترط أن يكون سلب الحيازة " بقوة أو إكراه " وقد عدلت محكمة النقض عن ذلك في ظل التقنين المدنى الجديد كما سنرى .

علـيه ، والقول بأن المستأجر ظل حائزا رغم ذلك هو خطأ في فهم معنى الحيازة " .

(طعن رقم ٧٠ لسنة ١٦ ق جلسة ١٩٤٧/٦/٥)

٣- " دعوى استرداد الحيازة تقوم قانونا على رد الاعتداء غير المشـروع دون نظـر إلى صفة واضع اليد ، فلا يشترط توافر نية الـتملك عـند واضع اليد ولا وضع يده سنة سابقة على التعرض ، ويصـح رفعها ممن ينوب عن غيره في الحيازة ويكفى لقبولها أن يكـون لـرافعها حيازة مادية حالة تجعل يده متصلة بالعقار اتصالا فعليا قائما في حالة وقوع الغصب " .

(طعن رقم ٥٨ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٨٤/١/٩)

٤- " النص في المادة ٩٥٨ من القانون المدنى على أن "لحائز العقار إذا فقد الحيازة أن يطلب خلال السنة التالية لفقدها ردها إليه، فإذا كان فقد الحيازة خفيه بدأ سريان السنة من وقت أن ينكشف ذلك ويجـوز أيضا أن يسترد الحيازة من كان حائزا بالنيابة عن غيره" يدل على أن دعوى استرداد الحيازة إنما شرعت لحماية الحائز من أعمـال الغصب ومن ثم كان قبولها رهنا بأن يكون لرافعها حيازة ماديـة حالية ومعنى كونها مادية أن تكون يد الحائز متصلة بالعقار اتصالا فعليا يجعل العقار تحت تصرفه المباشر ومعنى كونها حالية أن يكون هذا الاتصال قائماً حال وقوع الغصب ولايشترط أن تكون

هــذه الحــيازة مقرونة بنية التملك فيكفى لقبولها أن تكون لرافعها حيازة فعلية ومن ثم يجوز رفعها من المستأجر مباشرة ودون حاجة لاختصام المؤجر " .

(طعن رقم ٢ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٤/٤/٩)

٥- " مــن المقرر أن دعوى استرداد الحيازة تقوم قانونا على رد الاعــتداء غير المشروع فهى شرعت لحماية الحائز من أعمال الغصــب ، ومن ثم كان قبولها رهنا بأن يكون لرافعها حيازة مادية حالة بحيث تكون يد الحائز متصلة بالعقار اتصالا فعليا بحيث يجعل العقــار تحــت تصرفه المباشر وأن يكون هذا الاتصال قائما حال وقــوع الغصــب . وأنه وإن كان لايلزم أن تكون هذه الحيازة بنية الــتملك إلا أنــه يتعيــن في جميع الأحوال أن يكون لرافع الدعوى حــيازة هادئة وظاهرة ، وأن ترفع الدعوى خلال سنة من حصول سلب الحيازة " .

(طعــون أرقــام ١٧٩٩، ٢٠٩٧، ٢٢٤٣ لسنة ٦٢ ق جلسة ١٩٩٣/٦/١٧)

٦- " لمــا كــان الثابت أن المطعون ضدهما الأول والثانية قد افتــتحا دعواهما بطلب الحكم ضد الطاعن وحده باسترداد حيازتهما لأرض الــنزاع مــن تحــت يده وبالتالى فهى من دعاوى الحيازة المعــروفة فــي القانون أساسها الأصلى الحيازة المادية بشروطها

القانونــية مرماها حماية هذه الحيازة ولا محل فيها للتعرض لبحث الحــق وفحــص ما يتمسك به الخصوم من مستندات تتعلق به لأنها لاتتــناول غــير واقعة الحيازة المادية فإنها تعد بهذه المثابة دعوى متميزة لها كيانها الخاص ومستقلة كل الاستقلال عن طلب المطعون ضــدهما المذكوريــن بطلان عقد الإيجار الصادر إلى الطاعن من الخصــوم المدخلين في مرحلة لاحقة من مراحل الدعوى إذ يختلف هــذا الطلــب عــن الطلب الأصلى في موضوعه وفى سببه وفى خصومه ومن ثم لايجوز تقديمه في صورة طلب عارض ".

(طعن رقم ١٢٢٢ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩٥/١/٥)

٧- " دعوى استرداد الحيازة تقوم قانونا على رد الاعتداء غير المشروع فهى قد شرعت لحماية الحائز من أعمال الغصب ومن ثم فــإن قبولها رهن بأن يكون لرافعها حيازة مادية حالية بحيث تكون يــد الحائــز متصلة بالعقار اتصالا فعليا يجعل العقار تحت تصرفه المباشــر وأن يكون هذا الاتصال قائما حال وقوع الغصب وبحيث تكون هذه الحيازة هادئة وظاهرة " .

(طعن رقم ٧٩٨٣ لسنة ٦٤ ق جلسة ١٩٩٥/٧/١٣)

٨- " حيــث إن هذا النعى في محله ، ذلك أن دعوى استرداد الحــيازة- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- تقوم قانونا على رد الاعــتداء غير المشروع ، إذ شرعت لحماية الحائز من أعمال الغصــب ، ومن ثم فإن قبولها رهن بأن تكون لرافعها حيازة مادية حالــية بحيــث تكــون يد الحائز متصلة بالقعار اتصالا فعليا يجعل

العقــار تحت تصـرفه المباشر ، وأن يكون هذا الاتصال قائما حال وقــوع الغصب، وبحيث تكون هذه الحيازة هادئة وظاهرة . كذلك فإنه من المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه إذا كان تقرير الخبير قد اســتوى على حجج تؤديها الأدلة والقرائن الثابتة بالأوراق ، وكانت المحكمة قد طرحت النتيجة التى انتهى إليها التقرير وذهبت بما لها من سلطة التقدير الموضوعية إلى نتيجة مخالفة ، وجب عليها وهى تباشــر هذه السلطة أن تتناول في أسباب حكمها الرد على ما جاء بالــتقرير من حجج وأن تقيم قضاءها على أدلة صحيحة سائغة من شأنها أن تؤدى عقلا إلى النتيجة التى انتهت إليها ولا تخالف الثابت بالأوراق . لما كان ذلك وكان البين من الحكم المطعون فيه أنه أقام قضــاءه برد حيازة المحل موضوع النزاع للمطعون ضده على ما أورده في أسبابه من أنه اشتراه ومحلين آخرين بعقد نص فيه على أنه تسلم المبيع فضلا عما شهد به شقيقاه في تقرير الخبير المندوب فــي الدعــوى ، وما يستخلص من المحضرين الإداريين ١٨٤١، ١٩٤٤ لســنة ١٩٨٨ الجمــرك مــن أن تلك الحيازة كانت هادئة مســتقرة حــتى سلبها الطاعن ١٩٨٨/٦/٧ ، دون أن يفطن إلى ما جــرى بــه دفاع الأخير من أن حيازة المطعون ضده قد انتهت في عــام ١٩٨٥ عقــب عودتــه من الخارج وأنه – الطاعن– استأثر بحــيازة المحل بعد ذلك التاريخ ، ومن أن تمكينه من وضع سيارته فيه لم يكن إلا عملا من أعمال التسامح ، وهو ما تأيد بما انتهى إليه تقريــر الخبير من أن الأوراق خلت من دليل يؤيد حيازة المطعون

ضـــده للمحل خلال المدة من عام ١٩٨٥ حتى ١٩٨٨ وهى الفترة السابقة على رفع دعواه برد الحيازة ، ولم يعن بتمحيص ذلك الدفاع أو تحقيقه مع أنه دفاع جوهرى من شأنه لو صح أن يتغير به وجه الـــرأى فـــي الدعوى فإن الحكم يكون معيبا بقصور مبطل يوجب نقضه لهذا السبب دون حاجة لمناقشة باقى أسباب الطعن ".

(طعن رقم ٥٥٧٧ لسنة ٦ ق جلسة ٢٠٠١/٥/٢٢ - لم ينشر بعد)

٧٠ـ عدم اشتراط حسن نية الحائز :

لايشـــترط لقبول دعوى استرداد الحيازة أن يكون الحائز الذى ســـلبت حـــيازته حســـن النية . فستقبل دعوى استرداد الحيازة من الحائز سيىء النية [1].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" تـــنص المـــادة ٩٦١ مـــن القانون المدنى على أن " من حاز عقـــارا واســـتمر حائزا له سنة كاملة ثم وقعله تعرض فى حيازته، جازله أن يرفع خلال السنة التالية دعوى بمنع هذا التعرض " ، إنما يوفر الحماية القانونية لحائز العقار من التعرض الذى يقع له ويعكر علـــيه حيازته إذا ما توفرت الشرائط التى تضمنتها هذه المادة إذ لم يستلزم القانون لإسباغ تلك الحماية على الحائز أن يكون المتعرض سئ النية " .

(طعن رقم ٥٢٤ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٧٨/١/١٠)

---

(١) السنهورى ص ١٢٤٩ .

٧١ـ لواضع اليد على الشيوع رفع دعوى استرداد الحيازة :

جعـل القـانون لكـل ذى يد على عقار أن يحمي يده بدعاوى وضع اليد ، ولما كان وضع اليد بمعناه القانونى كما يقع على العقار المفرز يقع على الحصة الشائعة ، ومن ثم فإنه يحوز لكل واضع يد علـى حصة شائعة أن يستعين بدعاوى وضع اليد ومن بينها دعوى استرداد الحيازة.

وفى هذا قضت محكمة النقض بـأن :

١- " إذا كان أحد الشركاء على الشيوع واضعا يده على جزء معيـن تسهيلا لطريقة الانتفاع فهو يمتلك في هذا الجزء ما يتناسب مـع نصيبه في المجموع ويكون انتفاعه بالباقى مستمدا من حقوق شركائه الآخرين على أساس التبادل في المنفعة وليس من حق أحد الشركاء أن ينتزع منه الأرض بحجة أنه معادل له في الحقوق على الأرض ، بـل كل ما له - إن لم يعامل هذه المعاملة بالذات أو إذا أراد العـدول عنها - أن يطلب قسمة الأرض أو يرجع على واضع الـيد بمـا يقـابل الانتفاع . فإذا كان الحكم قد أثبت أن وضع اليد بشـروطه القانونية كان لأحد الشركاء على الشيوع فلهذا الشريك، فـي سـبيل حماية يده الفعلية على العقار من تعرض المشترى من أحد شركائه أن يرفع دعوى وضع اليد ضد المتعرض ، والمشترى وشأنه في اتخاذ ما يراه كفيلا بالمحافظة على حقوقه" .

(طعن رقم ٤٦ لسنة ١٢ ق جلسة ١٩٤٣/٢/٢٥) .

٢- إن القـــانون قــد جعل لكل ذى يد على عقار أن يحمى يده بدعـــاوى وضع اليد . ولما كان وضع اليد بمعناه القانونى كما يقع علـــى العقار المفروز يقع على الحصة الشائعة ، لايمنع من ذلك أن تكون الحيازة المادية حاصلة لبعض الشركاء دون البعض الآخر أو لممثل مشترك لهم كوكيل أو مستأجر، ولما كان لايوجد في القانون أيـــة تفــرقة فـــي الحماية بين وضع اليد على الشيوع ووضع اليد الخـــالص لعـــدم وجـــود أى مقتض- لما كان ذلك كذلك يكون لكل واضع يد خالصة أو على الشيوع أن يستعين بدعاوى اليد في حماية يـــده فيقـــبل رفع هذه الدعاوى من الشريك في الملك المشاع لدفع الـــتعرض الواقع له أيا كان المتعرض فإن وقع من بعض الشركاء فـــي العقار المشاع فعل يراد به استئثار مرتكبه وحرمان غيره من الشـــركاء فإنـــه يجوز لهؤلاء أن يستعينوا بدعوى منع التعرض . وإذن فـــإذا كـــان الحكـــم قد رفض دعوى منع التعرض بمقولة إنه لايجوز في القانون رفعها من الشريك على شريكه في الشيوع فإنه يكون مخالفا للقانون ".

(طعن رقم ١٠٩ لسنة ١٣ ق جلسة ١٩٤٤/٥/٤) .

٣- " مـــتى كـــان الحكـــم برفض دعوى منع التعرض قد أقام قضـــاءه على ما ثبت لديه من وقائع الدعوى ومستنداتها – من أن

حـــيازة الأطـــيان محل النزاع لم تكن مقصورة على الطاعن وإنما كانت الحيازة على الشيوع واستمرت كذلك حتى بعد صدور قانون الاصـــلاح الزراعى الذى ترتب عليه قيام العلاقة بين المستأجر من الباطـــن والمالك مباشرة بعد انسحاب المستأجر الأصلى نزولا على حكـــم المـــادة ٣٧ منه وحصول التعرض المدعى به من المطعون علـــيه فإنه لا يكون قد خالف القانون إذ لم يفصل الحكم في الدعوى على أساس بحث الملكية وإنما على أساس بحث الحيازة الذى انتهى مـــنه إلى تقرير أن الحائزين لأطيان النزاع بطريق الاستئجار إنما كـــانوا يحوزونهـــا لحســـاب الطاعـــن وغيره من الملاك – ومنهم المطعـــون علـــيه – ولا يعد استناد الحكم في ذلك إلى أحكام قانون الاصلاح الزراعى تقريرا لثبوت الحق أو نفيه " .

(طعن رقم ٣٣٧ لسنة ٢٧ ق جلسة ١٩٦٢/١٢/٢٧)

٤- المقرر في قضاء هذه المحكمة أن القانون جعل لكل ذى يد علـــى عقار أن يحمى يده بدعاوى وضع اليد ، ولما كان وضع اليد بمعناه القانونى كما يقع على العقار المفرز يقع على الحصة الشائعة .... ، ولما كان لايوجد في القانون أية تفرقة في الحماية بين وضع اليد على الشيوع ووضع اليد الخالص لعدم وجود أى مقتض ، فإنه يكـــون لكـــل واضع يد خالصة أو على الشيوع أن يستعين بدعاوى وضع اليد في حماية يده . فيقبل رفع هذه الدعاوى من الشريك في

الملـــك الشائع لدفع التعرض الواقع له أيا كان التعرض ، فإن وقع مـــن أحـــد الشركاء في العقار المشاع فعل من أفعال التعرض فإنه يجوز لهؤلاء الشركاء أن يستعينوا بدعوى منع التعرض ".

(طعن رقم ٨٩١ لسنة ٦٢ ق جلسة ١٩٩٨/١/١٨- لم ينشر بعد)

٥- " لمـــا كان الثابت من الأوراق – وبما لا خلاف عليه بين الخصـــوم – أن المطعون عليهما " أولاً " يضعان اليد على مساحة معيـــنة فـــي حدود حصتهما الشائعة المملوكة لهما والتى تقع ضمن مســـاحة أكبر تمتلك الدولة بدورها حصة شائعة فيها فيكون لهما- بصـــفتهما هـــذه – أن يستعينا بدعاوى اليد- ومن بينها دعوى منع الـــتعرض- في حماية يدهما لمنع تعرض الطاعن لهما ، ولا يحول بيـــنهما وبيـــن هذه الحماية أن يكون الطاعن بصفته – بدوره مالكاً لحصـــة علـــى الشـــيوع في كامل المساحة يضع اليد عليها مفرزة خصص جزء منها داراً للمسنين ويؤجر باقيها لآخرين لأن مرد كل ذلـــك يخضع لأحكام الملكية الشائعة والقواعد التى وضعها الشارع لتنظيمها والتى تقضى بأن لكل من الشركاء على الشيوع حق ملكية حقيقية في حصته الشائعة " .

(طعـــن رقم ٨٩١ لسنة ٦٢ ق جلسة ١٩٩٨/١/١٨- لم ينشر بعد)

الشـــرط الثانـــى
سلب الحيازة من الحائز

٧٢ـ المقصود بسلب الحيازة :

يشـــترط لقبول دعوى استرداد الحيازة أن تكون حيازة المدعى للعقار قد سلبت منه ، أى أن يكون الفعل الذى يتظلم منه المدعى قد أدى إلـــى فقد حيازته للعقار كله أو بعضه مع إقامة العقبات المادية في سبيل عودته إليه . فإذا كان المدعى مستمرا في حيازة العين ، وكـــل ما حدث له هو تعكير في الحيازة لم يفقده إياها ، فليس له أن يـــرفع دعـــوى اســـترداد الحيازة ، إذ يلزم لرفعها أن يكون الفعل المرتكب قد أدى إلى زوال حيازة المدعى المادية للعقار . فإذا كان الفعل قد أدى إلى زوال الحيازة ، حق للحائز أن يطلب استرداد هذه الحيازة المسلوبة .

وقـــد يحـــرم الحائز من الانتفاع الكامل بالحيازة دون أن يكون هـــناك ســـلب للحيازة ، كأن يهدم المعتدى مسقى في أرضه هو ، يـــروى منها الجار أرضه . وإنما يجوز رفع دعوى منع التعرض لحماية الحيازة المعنوية لحق الارتفاق [١].

---

(١) الدكـــتور أحمـــد أبو الوفا المرافعات المدنية والتجارية الطبعة الخامسة عشرة ص ١٦٩ .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إن دعـوى اسـترداد الحيازة تستلزم بطبيعتها وقوع أعمال عـنف وقـوة مادية تكون قد سلبت حيازة مادية أيضا . وهى بهذه المثابة لا يمكن أن يكون موضوعها إعادة مسقى أو مصرف هدمها المدعـى عليه ويدعى المدعى أن له حق ارتفاق عليها إذا كان هذا المسـقى أو المصرف اللذان هما محل حق الارتفاق مقطوعا بأنهما في يد المدعى عليه ".

(طعن رقم ٤٠ لسنة ٦ ق جلسة ١٩٣٦/١٠/٢٢)

٢- " لمـا كـان الواقع في الدعوى في ضوء ما حصله الحكم المطعـون فيه ، وأقر به المطعون ضدهما في صحيفة دعواهما أن قطعـة الأرض موضـوع النزاع من أملاك الدولة الخاصة ، وأن أولهما طلب من إدارة الأموال المستردة في ١٩٨٥/١٢/٦ أن تبيعه إياها ، ثم طلب الإثنان من الهيئة العامة للإصلاح الزراعى شراءها فـي ١٩٩٤/٢/٧ فإن دعواهما بطلب منع التعرض لهما فيها تكون حـرية بعدم القبول لورودها على مال لاترد عليه دعاوى الحيازة . وإذ لم يزعم المطعون ضدهما أن حيازتهما انتزعت منهما بالقوة أو بالغصـب علناً أو خفية ، أو نتيجة غش أو خداع أو تدليس – وهو شـرط لازم لقبول دعوى استرداد الحيازة – وإنما قالا إنهما فوجئا بـتعرض بعـض عمال الشركة الطاعنة لهما في حيازتهما وتقديم

بـــلاغ ضدهم ، فإن طلبهما استرداد الحيازة يكون هو الآخر حقيقاً بعـــدم القـــبول. ولمـــا كان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وقضى برد حيازة المطعون ضدهما للأرض موضوع النزاع وبمنع تعـــرض الطاعـــنة لهمـــا ، فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه " .

(طعن رقم ٢٣٦٩ لسنة ٦٨ ق جلسة ٣٠/١١/١٩٩٩ – لم ينشر بعد)

٧٣ـ لايشترط سلب الحيازة بالقوة والإكراه :

قـــد يقـــع ســـلب الحيازة مصحوبا باعتداء أو تعد على شخص الحائـــز أو غـــيره وبـــإحداث جروح أو بغيره . فتكون الحيازة قد وقعـــت بـــالقوة والإكراه ، سواء كانت الأفعال التى سلبت الحيازة يعاقب عليها القانون الجنائى أو لايعاقب [1].

ويعـــد مـــن قبيل القوة اغتصاب العقار بأعمال التهديد والوعيد المصحوب بمجاهرات عدائية [2].

كما يمكن أن يقع سلب الحيازة بالقوة المعنوية كالاغتصاب بناء علـــى أســـاليب الغـــش والتدليس والخداع وغير ذلك من المؤثرات

---

(١) محمد على راتب وآخرين قضاء الأمور المستعجلة الطبعة الخامسة ص ٩١٠ – الدكـــتور أحمـــد أبو الوفا المرافعات المدنية والتجارية الطبعة الخامسة عشرة ١٩٩٠ ص ١٦٨ ومابعدها .

(٢) المستشار محمد عبد اللطيف ص ٣٤٤ .

المعنوية ، وهذه المؤثرات تؤدى إلى سلب الحيازة بالقوة المعنوية ، وهى تتعادل مع القوة المادية [١].

إلا أن القانون لا يتطلب ضرورة سلب الحيازة بالقوة والإكراه، وإنمـــا يكفى أن يستولى المعتدى على العقار غصبا وقهرا أو خلسة دون علـــم الحائز ، طالما أن الغصب يوجه إلى العقار ذاته ، بحيث يقـــوم عقبة أمام الحائز في حيازته ولا يستطيع تخطيها إلا إذا التجأ إلى العنف .

غير أننا سنرى أن لسلب الحيازة بالقوة فائدة ، إذ يخول الحائز الحـــق في استرداد حيازته خلال السنة التالية ، دون المفاضلة بين حيازته وحيازة المعتدى (أنظر شرح المادة ٩٥٩ مدنى) .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " إذا كـــان الشـــريك قـــد طلب تسليمه ما كان في حوزته معـــادلا لبعض نصيبه في الأطيان المشاعة . مقيما هذا الطلب على أساس أن يده رفعت بفعل غير مشروع ليس هو الإكراه فحسب بل هـــو أيضـــا الغـــش من جانب المدعى عليهم والتواطؤ بينهم وبين المســـتأجر منهم ، وقضت المحكمة برفض هذا الطلب بحجة أن ما يطلـــب تســـليمه قد خرج من يده ودخل في يد المدعى عليهم بغير إكراه فإن حكمها بذلك يكون قاصر التسبيب إذ هو لم يتعرض لدفاع

(١) المستشار محمد عبد اللطيف ص ٣٤٤ .

المدعــى خاصـــا بالغش والتواطؤ مع كونه دفاعا جوهريا لو صح لتغير به وجه الحكم في الدعوى ، لأن قوله بنفى حصول الإكراه لا يدل لزوما على انتفاء حصول الغش والتواطؤ ".

(طعن رقم ١٤٣ لسنة ١٦ ق جلسة ١٩٤٨/١/١٥)

٢- " لا يشـــترط لقبول دعوى استرداد الحيازة أن يكون سلب الحـــيازة مصحوبا باعتداء أو تعد على شخص الحائز أو غيره بل يكفـــى أن يثبت الحكم أن المغتصب وعماله قد استولوا على العقار ولم يقو خفير الحائز على رد اعتدائهم " .

(طعن رقم ١٩١ لسنة ٢٢ ق جلسة ١٩٥٥/١٠/٣٠)

٣- " لا يشـــترط لقبول دعوى استرداد الحيازة أن يكون سلب الحـــيازة مصـــحوبا بإيذاء أو تعد على شخص الحائز أو غيره بل يكفى أن تكون قد سلبت قهرا " .

(طعن رقم ٥٨ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٤/١/٩)

٤- " مفـــاد نـــص المـــادة ٩٥٨ من القانون المدنى أن دعوى اســـترداد الحـــيازة إنما شرعت لحماية الحائز من أعمال الغصب، ومـــن ثـــم كـــان قبولها رهنا بأن يكون لرافعها حيازة مادية حالية، ومعنى كونها مادية أن تكون يد الحائز متصلة بالعقار اتصالا فعليا يجعـــل العقار تحت تصرفه المباشر ، ومعنى كونها حالية أن يكون هـــذا الاتصال قائما حال وقوع الغصب ، ولايشترط أن تكون هذه

الحـــيازة بنية التملك ، ويكفى لقبولها أن يكون لرافعها حيازة فعلية، ومــن ثم يجوز رفعها من المستأجر والمراد بالقوة المستعملة لسلب الحيازة كل فعل يؤدى إلى منع الحيازة الواقعية لا فرق في ذلك بين القوة المادية أو المعنوية . فيجوز أن يبنى الاغتصاب على أساليب الغش والتدليس والخداع وغيرها من المؤثرات المعنوية . وإذ كان البيــن مـــن الحكــم المطعـــون فيه أنه استظهر أن الحيازة المادية والحالـــية كانت خالصة للمطعون عليها الأولى دون المطعون عليه الـــثانى ابـــنها الذى كانت إقامته موقوته مبنية على عمل من أعمال التســـامح الذى لايكسب صاحبه حقا يعارض صاحب الحيازة ، وأن حالـــة الغـــش مستفاده من عدم وجود تفويض من المطعون عليها الأولى له بالتنازل عن الشقة موضوع النزاع بعد استقلالها بها خلفا لـــزوجها المستأجر السابق ، وكان استخلاص الحكم توافر عناصر الغـــش هـــو استخلاص سائغ مارسته محكمة الموضوع في حدود ســـلطتها الـــتقديرية ورتـــب الحكم على ذلك توافر شروط دعوى استرداد الحيازة فإن ذلك لا ينطوى على خطأ في تطبيق القانون " .

(طعن رقم ٧١١ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٦/٥/٥)

٥- " دعوى استرداد الحيازة تقوم قانونا على رد الاعتداء غير المشروع دون نظر إلى صفة واضع اليد ، ويكفى لقبولها أن يكون

لرافعها حيازة مادية تجعل يده متصلة بالعقار اتصالا فعليا قائما في حالــة وقــوع الغصب وأن حيازة قد سلبت ، فلا يشترط أن يكون سلبها مصحوبا بإيذاء ، أو تعد على شخص الحائز أو غيره " .

(طعن رقم ٦٨٩ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٥/٣/٢٧)

٦- "......... وكــان يبيــن من الحكم الابتدائى المؤيد بالحكم المطعــون فيه .... خلص من كل ذلك إلى أن الطاعن قد حضر إلـــى الأرض ومعـــه العمـــال الذين قاموا برفع القانورات وتسوير الأرض وهو ما يمثل عنصر القوة والإكراه الذى لجأ إليها الطاعن في الاستيلاء على الأرض وأضاف الحكم المطعون فيه أنه " يكفى المستأنف (الطاعن) أنه استولى على الأرض دون رضاء المستأنف علــيها الحائزة (المطعون ضدها الأولى) ، ودون علمها وكان هذا الســلب عقبة أمامها لاتستطيع مفاداتها إلا إذا لجأت إلى العنف .." فإنـــه بذلك يكون قد استظهر بجلاء أن الحيازة قد سلبت قهرا وأن المطعون ضدها الأولى قد أقامت دعواها قبل مضى سنة على سلب حيازتها وإذ كان ذلك وكان لايشترط لقبول دعوى استرداد الحيازة أن يكون سلبها مصحوبا بإيداء أو تعد على شخص الحائز أو غيره، بـــل يكفى أن تكون الحيازة قد سلبت قهرا ، لما كان ذلك فإن النعى على الحكم بهذه الأسباب يكون في غير محله " .

(طعن رقم ١٣١٢ لسنة ٥٢ ق جلسة ١٩٨٧/٢/١٢)

وواقعة سلب الحيازة وتاريخها من المسائل الموضوعية المتروكة لتقدير قاضي الموضوع متى كان استخلاصه سائغا وله سنده في الأوراق [١].

٧٤ـ يجب أن يكون العمل المادى الذى سلبت به الحيازة قد أجرى في عقار المدعى :

يجب لقبول دعوى استرداد الحيازة أن يكون العمل المادى الذى سلب به المدعى عليه الحيازة من المدعى قد تم في عقار المدعى . أما إذا كان ما قام به المدعى عليه في ملكه الواقع في حيازته فإن الدعوى تكون غير مقبولة[٢] .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " إن دعوى استرداد الحيازة تستلزم بطبيعتها وقوع أعمال عنف وقوة مادية تكون قد سلبت حيازة مادية أيضا . وهى بهذه المثابة لا يمكن أن يكون موضوعها إعادة مسقى أو مصرف هدمهما المدعى عليه ويدعى المدعى أن له حق ارتفاق عليهما إذا كان هذا المسقى أو المصرف اللذان هما محل حق الارتفاق مقطوعا بأنهما في يد المدعى عليه " .

(طعن رقم ٤٠ لسنة ٦ ق جلسة ١٩٣٦/١٠/٢٢)

---

(١) نقض طعن رقم ١٠٨ لسنة ٥٩ ق جلسة ١٩٩٠/٢/١٥ (غير منشور).
(٢) المستشار محمد عبد اللطيف ص ٣٤٥ .

٢- " لاتقبل دعوى استرداد الحيازة إذا كان العمل المادى المدعى به قد قام به المدعى عليه في ملكه الواقع في حيازته " .

(طعن رقم ٤٣ لسنة ٧ ق جلسة ١٩٣٨/٢/٣)

٧٥- سلب الحيازة تنفيذا لحكم قضائى :

إذا نزعت الحيازة نفاذا لحكم قضائى لم يكن واضع اليد طرفا فيه جاز لواضع اليد أن يسترد حيازته ، لأن الأحكام لاحجية لها إلا على الخصوم ولايضار بها من لم يكن طرفا فيها ، لا فرق في ذلك بين حكم مرسى المزاد وغيره من الأحكام أو العقود الرسمية إذ يعتبر تنفيذها بالتسليم على غير من كان طرفا فيها سلبا للحيازة يجيز رفع دعوى استرداد الحيازة [١].

أما إذا كان فقد الحيازة تنفيذا لحكم قضائى أو عقد له حجيته قبل الحائز فإن ذلك لايعد أصلا سلبا للحيازة ، ومن ثم لاتقبل دعوى استرداد الحيازة في هذه الصورة .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" إن القانون يحمى وضع اليد من كل تعرض له ، يستوى في ذلك أن يكون التعرض اعتداء محضا من المتعرض أو بناء على حكم مرسى مزاد لم يكن واضع اليد خصما فيه ، إذا الأحكام

---

(١) المستشار محمد عبد اللطيف ص ٣٤٤ ومابعدها .

لاحجية لها إلا على الخصوم ولا يضار بها من لم يكن طرفا فيها ، لافرق في هذا بين حكم مرسى المزاد وغيره من الأحكام " .

(طعن رقم ٣٥ لسنة ١٥ ق جلسة ١٩٤٦/١/١٧)

٢- " إن دعوى استرداد الحيازة إنما شرعت لحماية الحائز من أعمال الغصب ، ومن ثم كان قبولها رهنا بأن يكون لرافعها حيازة مادية حالية ومعنى كونها مادية أن تكون يد الحائز متصلة بالعقار اتصالا فعليا يجعل العقار تحت تصرفه المباشر ومعنى كونها حالية أن يكون هذا الاتصال قائما في حال وقوع الغصب ، فإذا كان الثابت أن العقار محل الدعوى (شادر) قد صدر حكم بإغلاقه لمخالفة ارتكبها مستأجره ، ونفذ حكم الإغلاق بإخراج جميع الأشياء التى كانت به وإغلاق بابه ووضع الأختام عليه فإن حيازة المستأجر المادية للشادر تكون قد زالت نتيجة تنفيذ الحكم الجنائى الصادر عليه ، والقول بأن المستأجر ظل حائزا رغم ذلك هو خطأ في فهم معنى الحيازة " .

(طعن رقم ٧٠ لسنة ١٦ ق جلسة ١٩٤٧/٦/٥)

٣- " يشترط لقبول دعوى منع التعرض أن يكون المدعى عليه قد تعرض للمدعى في وضع يده ، ولايعتبر تسليم العين المتنازع عليها تنفيذا للحكم الصادر بذلك ضد واضع اليد تعرضا له . ولما كان الحكم المطعون فيه قد استند في قضائه برفض دعوى منع

الـتعرض المقامـــة من الطاعن الأول إلى أن تنفيذا الحكم الصادر ضـــده في الدعويين رقمى ... لايعد تعرضا لهذا الطاعن في وضع يـــده، فـــإن الحكم لا يكون بذلك قد بنى على أسباب متعلقة بأصل الحق وإنما نفى عن الدعوى توافر أحد شروط قبولها ".

(طعن رقم ٥٩٣ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٧٩/١١/٢٧)

٤- " تمســك الطاعــن بأنه الحائز لعين النزاع وأن المطعون ضـــدها الأولـــى لـــم تضع اليد عليها إلا نفاذا لحكم صدر بإلحاق محضـــر الصـــلح بمحضر الجلسة بالتواطؤ بين طرفيه في غيبته . دفـــاع جوهـــرى . قضـــاء الحكم المطعون فيه باسترداد المطعون ضـــدها الأولى لحيازة تلك العين دون تمحيص هذا الدفاع أو الرد عليه . قصور مبطل " .

(طعن رقم ٧٩٨٣ لسنة ٦٤ ق جلسة ١٩٩٥/٧/١٣)

٥- " تنفـــيذ الحكـــم الصادر بتسليم الطاعنين نصيب كل منهم مفرزا . عدم اعتباره تعرضا للمطعون ضده واضع اليد على جزء من مسطح تلك الأرض يجيز له رفع دعوى منع التعرض ".

(طعن رقم ٣٤٦٧ لسنة ٦١ ق جلسة ١٩٩٧/١/٤)

٦-" وحيـــث إن النعى مردود في شقه الأول لما هو مقرر في قضـــاء هـــذه المحكمـــة أن دعوى استرداد الحيازة تقوم على رد الاعـــتداء غـــير المشروع فإذا كان فقد الحيازة تنفيذا لحكم قضائى

لايكـــون ســـلبا للحيازة ولا يخول لمن فقدها نتيجة هذا التنفيذ رفع دعـــوى اســـترداد الحـــيازة ، وأن الحكم إذ أقام قضاءه على عدة دعامات متعددة وكانت إحدى هذه الدعامات كافيه وحدها ليستقيم بها، فـــإن تعييب الحكم في باقى الدعامات – أيا كان وجه الرأى فيها – يكـــون غـــير منتج ، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضـــاءه بعدم قبول دعوى الطاعنين على دعامتين كل منهما مستقلة عـــن الأخـــرى ، الأولى أن الطاعنين قد تنازلوا عن سلوك دعوى الحـــيازة بســـلوك دعوى الحق بطلب عدم الاعتداد بمحضر التسليم المـــؤرخ ١٩٧٥/١/٢٦ ممـــا يسقط حقهم في سلوك طريق دعوى الحيازة إعمالا للمادة ٤٤ من قانون المرافعات ، والدعامة الثانية أن تســـليم الأرض المطعـــون ضده كان تنفيذا للحكم القضائى الصادر لصـــالحه فـــي الدعوى رقم .... لسنة ..... مدنى مستأنف دمنهور وهو بذلك لايعتبر تعرضا للطاعنين الصادر ضدهم الحكم في وضع يدهـــم علـــى الأرض محل النزاع وإذ تكفى الدعامة الثانية وحدها لحمل قضاء الحكم المطعون فيه فإن تعييبه في الدعامة الأولى– أيا كـــان وجه الرأى فيها – يكون غير منتج ، ومردود في شقه الثانى بـــأن اســـتخلاص الفعـــل المكون لسلب الحيازة من سلطة محكمة الموضوع وأنه إذا تتابعت أعمال التعرض وترابطت وصدرت عن شـــخص واحـــد تنشىء حالة اعتداء مستمرة يبدأ معها احتساب مدة

السنة التى أوجب المشرع رفع الدعوى خلالها من تاريخ وقوع أول عمـــل من هذه الأعمال يظهر منه بوضوح أنه تضمن اعتداء على الحيازة، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد خلص إلى أن تسليم أرض الـــنزاع كان بناء على محضر التسليم المؤرخ ١٩٧٥/١/٢٦ تنفـــيذا للحكـــم القضائى الصادر في الدعوى رقم .... لسنة .... ق مدنـــى جـــنوب القاهرة وفى حضور المرحوم ...... الذى لم يكن مختصـــما في الدعوى السابقة واعترض على هذا التسليم على سند مـــن أن الأرض المنفذ عليها في حيازته هو وباقى اخوته الطاعنين وانـــتهى إلى أن فقد الحيازة يرجع إلى حصول هذا التسليم دون ما نظـــر إلى الطرد والتسليم اللاحق الحاصل في ١٩٧٨/٢/١٢ مادام أن المستلم في كل من المحضرين شخصا واحدا هو المطعون ضده ورتب على ذلك قضاءه بأن الدعوى الماثلة المرفوعة فى ١٩٧٨/٣/٥ تكون قد رفعت بعد الميعاد القانونى ومن ثم تكون غير مقبولة وكان ذلـــك بأسباب سائغة كافية لحمل قضائه فإن النعى عليه بهذا الشق يضـــحى جدلا فيما تستقل بتقديره محكمة الموضوع ويضحى النعى برمته غير مقبول " .

(طعـــن رقم ١٦٨٥ لسنة ٦٢ ق جلسة ١٩٩٩/٣/٣- لم ينشر بعد) (١)

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إذ كان الواقع في الدعوى أن المطعون ضده الاول رفعها بصفته حارسا قضائيا وطلب فيها استرداد حيازة المستشفى محل النزاع بجميع مقوماتها المادية والمعنوية التى وقع عليها الحجز الإدارى وتم بيعها بالمزاد العلنى الذى رسا على الطاعن بتاريخ ١٩٧٤/٩/١٤ مستندا في ذلك إلى الحكم النهائى الصادر في الاستئناف رقم ٢٩٥٥ لسنة ٩٣ قضائية القاهرة والذى قضى به في مواجهة الأخير وبقية المطعون ضدهم ببطلان إجراءات الحجز الإدارى الموقع من مصلحة الضرائب على منقولات المستشفى المذكورة وحق الإيجار والاسم التجارى وما ترتب عليه من إجراءات بيع ورسو المزاد على الطاعن فإن هذه الدعوى بالنظر إلى الطلبات الواردة بها والأساس الذى أقيمت عليه ليست دعوى استرداد الحيازة قصد بها مجرد حماية حيازة عقار تحت يد المطعون ضده الأول من أعمال غصب تمت من قبل الطاعن وإنما هى بحسب تكييفها الصحيح دعوى بالحق ذاته الهدف منها رد الأموال المنقولة المملوكة للمستشفى محل النزاع بجميع مقوماتها المادية والمعنوية بما فيها حق الإيجار وتمكين المطعون ضده الأول من المستشفى، وذلك إعمالا لأثر الحكم الذى قضى له ببطلان إجراءات الحجز الإدارى على هذه المنقولات - وبيعها بالمزاد للطاعن والذى من مقتضاه عودة الطرفين - الراسى عليه المزاد وورثة المدين - إلى الحالة التى كانا عليها قبل رسو المزاد أى بقاء ملكية المنقولات محل النزاع ضمن تركة المدين التى عين المطعون ضده الأول حارسا عليها، والذى أصبح بمجرد هذا التعيين وبحكم القانون نائبا قضائيا عن صاحب الحق في المال الموضوع تحت الحراسة فتكون له مباشرة إجراءات التقاضى عنه والمحافظة عليه ، ومن ثم فإنه يكون صاحب الصفة في مقاضاة الطاعن ومطالبته برد هذه المنقولات باعتبار أنه الذى رسا بيعها

٧٦- سلب الحيازة المستند إلى قرار إدارى لايصلح أساسا لرفع دعوى سلب الحيازة :

المقــرر أن التعرض المستند إلى قرار إدارى اقتضته مصلحة عامة ، لايصلح أساسا لرفع دعاوى الحيازة بصفة عامة- وضمنها دعوى استرداد الحيازة - لمنع هذا التعرض وذلك لما يترتب حتما علــى الحكم فى هذه الدعوى لمصلحة رافعها من تعطيل هذا القرار ووقــف تنفــيذه وهــو ما يمتنع على المحاكم بنص المادة ١٧ من قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ التى تجرى على أن:

" لــيس للمحــاكم أن تنظر بطريقة مباشرة أو غير مباشرة في أعمال السيادة ولها دون أن تؤول الأمر الإدارى أو توقف تنفيذه أن تفصل :

(١) فــي المــنازعات المدنــية والتجارية التى تقع بين الأفراد والحكومة أو الهيئات العامة بشأن عقار أو منقول عدا الحالات التى ينص فيها القانون على غير ذلك .

(٢) فــي كــل المسائل الأخرى التى يخولها القانون حق النظر فيها " .

بالمــزاد عليه فيكون ملتزما بردها بعد القضاء ببطلان هذا البيع إعمالا للأحكــام المقــررة لرد غير المستحق دون تلك الأحكام التى خص بها القانون دعوى استرداد حيازة العقار ".

(طعن رقم ١٠٣٦ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٨٩/١١/٣٠)

ومـــن ثـــم لايكون أمام الحائز إلا اللجوء إلى القضاء الإدارى طالبا إلغاء القرار الإدارى وبصفة مستعجلة بوقف تنفيذه .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " التعرض المستند إلى أمر اقتضته مصلحة عامة لا يصلح أساســا لرفع دعوى حيازة لمنع هذا التعرض وذلك لما يترتب حتما علـــى الحكم في هذه الدعوى لمصلحة رافعها من تعطيل هذا الأمر ووقف تنفيذه وهو ما يمتنع على المحاكم بنص المادة ١٥ من قانون الســلطة القضـــائية رقم ٥٦ لسنة ١٩٥٩ ولا يكون للحائز في هذه الحالـــة مـــن ســـبيل لدفع هذا التعرض سوى الالتجاء إلى القضاء الإدارى لوقـــف تنفيذ الأمر الإدارى أو إلغائه - فإذا كانت الدعوى تهـــدف إلـــى مـــنع تعرض وزارة الإصلاح الزراعى المستند إلى الأمرين الإداريين اللذين أصدرتهما الهيئة العليا للإصلاح الزراعى تنفـــيذا لمـــا تقضى به المادة الثانية من القانون ١٥٢ لسنة ١٩٥٧ وتحقيقا للمصلحة العامة التى يبتغيها قانون الإصلاح الزراعى فإن الدعـــوى تخـــرج عن ولاية المحاكم ولا تكون من دعاوى الحيازة الـــتى يخـــتص بنظرها القاضى الجزئى طبقاً للمادة ٤٧ من قانون المرافعات ".

(طعن رقم ٦٩ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٦/١٢/١)

٢- " الـتعرض المستند إلى أمر إدارى اقتضته مصلحة عامة لايصــلح أساســا لــرفع دعوى حيازة لمنع هذا التعرض وذلك لما يترتــب حــتما علــى الحكم لمصلحة رافعها من تعطيل هذا الأمر ووقف تنفيذه وهو ما يمتنع على المحاكم بنص المادة ١٥ من قانون السلطة القضائية رقم ٥٦ لسنة ١٩٥٩ " .

(طعن رقم ٣١٤ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٨/٣/٧)

٣- (أ)- " الاعــتراض علــى تنفيذ القرار الصادر من وزارة الإصلاح الزراعى بالاستيلاء على القدر الزائد عن المسموح بتملكه قانونــا - لايصلح أساسا لرفع دعوى حيازة لمنع تنفيذه ، وذلك لما يترتب حتما على الحكم في هذه الدعوى لمصلحة رافعها من تعطيل هــذا الأمر ووقف تنفيذه ، وهو ما يمتنع على المحاكم بنص المادة ١٥ مــن القانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٥٩ والمادة ١٦ من القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٥ في شأن السلطة القضائية " .

(ب)- " مفــاد نــص المــادة ١٣ مكررا من قانون الإصلاح الــزراعى رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ المضافة بالقانون رقم ١٣١ لسنة ١٩٥٣ والمعدلــة بالقانونين ٢٢٥ لسنة ١٩٥٣ و٢٤٥ لسنة ١٩٥٥ أنـــه لايكــون لمن يدعى أن تعرضا وقع عليه من جراء تنفيذ أمر الاســتيلاء أن يلجأ إلى جهة القضاء العادى أو الإدارى لوقف تنفيذ هذا القرار ، وله أن يلجأ إلى اللجنة القضائية المنصوص عليها في

المادة ١٣ مكررا سالف البيان للفصل في طلب ملكية العقار إن كان لذلك وجه . لما كان ذلك وكانت دعوى المطعون عليهم تهدف إلى مـــنع تنفيذ وزارة الإصلاح الزراعى لقرار الاستيلاء الصادر منها بناء على المادة الثالثة من قانون الإصلاح الزراعى ، فإن الدعوى- بمنع التعرض تخرج قطعا عن ولاية المحاكم، ولاتكون من دعاوى الحـــيازة التى يختص بنظرها القاضى الجزئى طبقا للمادة ٤٧/أ من قانون المرافعات السابق " .

(طعن رقم ١٣٨ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧٠/٦/٩)

٤- " إذ كـــان الواقـــع في الدعوى أن المطعون عليه بوصفه مديـــرا للجمعـــية الزراعـــية بمديـــنة مطروح شغل مسكنا مملوكا للحكومـــة، وخصصته جهة الإدارة لسكنى الموظفين والعمال الذين يعملون بالمدينة ، ثم أصدر رئيس مجلس المدينة قرارا إداريا بإنهاء هـــذا الترخيص وإخلاء المسكن ، وأقام المطعون عليه بعد إخراجه مـــن المســـكن بطلـــب تمكينه منه ورد حيازته إليه وكان التعرض المســـتند إلى أمر إدارى اقتضته مصلحة عامة لايصلح أساسا لرفع دعوى حيازة لمنع هذا التعرض ، وذلك لما يترتب حتما على الحكم فى هذه الدعوى لمصلحة رافعها من تعطيل هذا الأمر ووقف تنفيذه، وهـــو مـــا يمتـــنع على المحاكم بنص المادة ١٦ من قانون السلطة القضائية رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٥ ، ولايكون للحائز في هذه الحالة من

سـبيل لدفع هذا التعرض سوى الالتجاء إلى القضاء الإدارى لوقف تنفـيذ الأمـر أو إلغائه . وإذ كان الحكم المطعون فيه لم يلتزم هذا الـنظر، فإنـه يكون قد خالف القانون في مسألة اختصاص تتعلق بولاية المحاكم ، وهو ما يجيز الطعن في هذا الحكم بطريق النقض رغم صدوره من المحكمة الابتدائية بهيئة استئنافية " .

(طعن رقم ٥١٢ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧٣/١/١٥)

٥- " الـتعرض المستند إلى قرار إدارى لايصلح - وعلى ما جـرى بـه قضـاء هـذه المحكمة- أساسا لرفع دعوى بمنع هذا الـتعرض ، لما يترتب حتما على الحكم لمصلحة رافعها من تعطيل هـذا القـرار ووقف تنفيذه ، وهو ما يمتنع على المحاكم العادية ، ولايغـير مـن ذلك عدم قيام المطعون عليها بالتظلم من هذا القرار إلـى اللجـنة الإدارية التى حددها القانون أو أن ينسب إلى القرار عيـب من عيوب عدم المشروعية لأن النظر في ذلك كله يكون من اختصـاص جهة القضاء الإدارى طالما كان القرار لم يلحقه عيب يـنحدر به إلى درجة العدم ، وإذ كان الحكم المطعون فيه قد اعتبر الكـتاب المرسل من مجلس مدينة المنصورة إلى المطعون عليها- بعدم الاعتراف بملكيتها لأرض النزاع - تعرضا لها في حيازتها ، دون أن يأخذ في اعتباره أن هذا التعرض كان مستندا لقرار إدارى سابق برفض الترخيص لها ببناء تلك الأرض ، فإنه يكون قد خالف

القـــانون في مسألة اختصاص متعلق بولاية المحاكم ويكون الطعن فيه بطريق النقض جائزا " .

(طعن رقم ٨٢ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٣/٣/٣٢)

٦- "المقرر- وعلىما جرى به قضاء هذه المحكمة- أن العقود الـــتى تبرمها الإدارة مع الأفراد لاتعتبر عقودا إدارية إلا إذا تعلقت بتســيير مــرفق عــام وأظهرت الإدارة نيتها في الأخذ في شأنها بأســلوب القـــانون العام بأن تضمن عقدها شروطاً استثنائية وغير مألوفـــة تنأى بها عن أسلوب القانون الخاص أو تحيل فيها الإدارة علـــى اللوائح الخاصـــة بها وكان الثابت من عقد الإيجار المؤرخ ١٩٧٥/١٠/١٢ الصـــادر من هيئة الأوقاف إلى الطاعن أنه تضمن تأجـــيرها إلـــيه أرضا زراعية من أملاكها الخاصة ولم يتضمن أى شـــرط استثنائى يخالف المألوف في القانون الخاص فإن هذا العقد يعتبر عقدا مدنيا يحكمه القانون الخاص ومن ثم فإن دعوى استرداد الحيازة المرفوعة من المطعون ضدها الأولى بشأن تعرض الطاعن المستند إلى العقد سالف الذكر تكون مما تختص المحاكم العادية وإذ قضـــى الحكـــم الابتدائى المؤيد بالحكم المطعون فيه وبرفض الدفع المـــبدى من الطاعن بعدم اختصاص المحكمة ولائيا بنظر الدعوى لايكـــون قـــد خالف قواعد الاختصاص الولائى ويكون النعى عليه على غير أساس " .

(طعن رقم ٦٨١ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٧/٣/٢٦)

٧- " المقرر في قضاء محكمة النقض أن التعرض المستند إلى قـرار إدارى اقتضـته مصلحة عامة ، لايصلح أساسا لرفع دعوى لمـنع هـذا الـتعرض وذلك لما يترتب حتما على الحكم في هذه الدعوى لمصلحة رافعها من تعطيل هذا القرار ووقف تنفيذه وهو ما يمتنع على المحاكم بنص المادة ١٧ من قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ ولا يكون للحائز في هذه الحال من سبيل لدفع هذا الـتعرض سوى الالتجاء إلى القضاء الإدارى لوقف تنفيذ القرار أو إلغائه فإن الحكم المطعون فيه إذ أقام قضاءه بإجابة المطعون عليه إلى طلبه بمنع تعرض الطاعن له في المصنع محل النزاع على ما خلـص إليه في أسبابه من أن القرار الصادر بإزالة المصنع لايعد قرارا إداريا يمتنع على المحاكم العادية التعرض له بإلغائه أو وقف تنفـيذه دون أن يعـرض لمضمون الترخيص الصادر من الطاعن بإقامـة ذلـك المصنع ، وتحديد طبيعته القانونية ، وما إذا كان قد صـدر مـن الجهة الإدارية بوصفها سلطة عامة أم بوصفها الجهة المؤجـرة فقط وصولا لتحديد مدى اختصاص المحاكم العادية بنظر المـنازعة الناشـئة عـنه ، فإنه يكون معيبا بالقصور في التسبيب والفساد في الاستدلال أدى به إلى الخطأ في تطبيق القانون " .

(طعن رقم ١٦٢٧ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٩٣/٥/١٢)

الشرط الثالث
رفع دعوى استرداد الحيازة خلال سنة

٧٧ـ تحديد الميعاد وحكمتـه :

حـددت المـادة ميعادا لرفع دعوى استرداد الحيازة ، فأوجبت رفـع الدعـوى خلال السنة التالية لفقد الحيازة ، فإذا فقدت الحيازة خفية بدأ سريان السنة من وقت أن ينكشف ذلك .

وقـد عـبرت المادة عن ميعاد رفع الدعوى بعبارة " أن يطلب خلال السنة التالية .... ".

وحدد المشرع مدة السنة لرفع الدعوى لاعتبارين :

١- أنـه إذا تمكن الغاصب من وضع يده على العين مدة سنة وضـعا ظاهرا هادئا مقرونا بنية التملك ، فقد اكتسب حيازة جديدة يترتب عليها زوال حيازة واضع اليد السابق .

٢- أنـه إذا سكت الحائز سنة كاملة مع تكرار العدوان الواقع علـيه ، كان ذلك مما يعيب الحيازة ويفقدها صفة الهدوء ، فتصبح دعوى اليد غير جائزة القبول بسبب عدم توافر صفات الحيازة [١].

٧٨ـ كيفية احتساب الميعاد :

يحسـب الميعاد من اليوم التالى لتاريخ سلب الحيازة . وينتهى بانتهاء اليوم الأخير في السنة . بصرف النظر عن علم واضع اليد

---

(١) المستشار محمد عبد اللطيف ص ٣٣٠ .

أو عــدم علمــه بسلب الحيازة وفى حالة الاغتصاب الواقع بالغش والتدليس لايعبأ بتاريخ الدخول في العقار مادام أن نية الاغتصاب لم تكن ظاهرة جلية ، بل تبدأ مدة السنة من التاريخ الذى تظهر فيه تلــك النية بوضوح . فإذا أدخل إنسان آخر في عقار تحت حيازته بدافــع المــروءة والشــهامة أو تسامحا وكرما منه وكان الشخص المذكور يبطن نية اغتصابه فلا يعتبر بدء وقوع الاغتصاب ، وإنما يحسب الميعاد من يوم وضوح النية .

وإذا وقــع ســلب الحيازة خفية ، فلا تبدأ مدة السنة إلا من يوم ظهورها للعيان [١].

فــلا يكــون بــدء احتساب مدة السنة من يوم الاكتشاف الفعلى لســلب الحيازة من جانب الحائز، ولكن من اليوم الذى كان يستطيع أن يكتشفه وفقا للحرص العادى للشخص المعتاد ، والقول بغير ذلك يعــنى ترك مسألة تحديد بدء الميعاد لشخص المدعى الذى يستطيع الزعم بأنه لم يكتشف فقد الحيازة إلا في اليوم الذى يناسبه[٢] .

---

(١) بنى سويف الابتدائية ١٢ ديسمبر سنة ١٩٢٨ المحاماة السنة التاسعةرقم ١٦٧ ص ٢٦٨ .

(٢) الدكــتور فــتحى والــى الوسيط في قانون القضاء المدنى طبعة نادى القضاة ١٩٨٠ ص ١١٩ ومابعدها .

٧٩ـ طبيعة ميعاد السنة :

يذهب رأى في الفقه إلى أن ميعاد السنة المحدد لرفع دعوى استرداد الحيازة ، هو من المواعيد الإجرائية وبالتحديد مواعيد السقوط ، ولهذا فلا يرد عليه الوقف والانقطاع ، ويسرى ضد ناقصى الأهلية ولو لم يكن لهم نائب يمثلهم .

بينما ذهب رأى آخر إلى أن هذا الميعاد ، مدة تقادم من نوع خاص تسرى عليها قواعد الانقطاع والوقف التى تسرى على التقادم(١).

والفارق بين ميعاد التقادم والميعاد الإجرائى هو أن الأول يؤدى إلى انقضاء الحق في الدعوى ، أما الثانى فإنه يؤدى إلى انقضاء أو سقوط حق إجرائى ينشأ أثناء الخصومة أو بسببها. (٢).

---

(١) السنهورى ص ١٢٥٦ – محمد على عرفه ص ١٧١– المستشار على أحمد حسن ص ١٨٧ .

(٢) الدكتور عبد المنعم الشرقاوى شرح المرافعات المدنية والتجارية الجزء الأول الطبعة الثانية ١٩٥٦ ص ١٢٣ هامش (١) – المستشار محمد عبد اللطيف ص ٣٣١ – الدكتور فتحي والى ص ١٢٠.

وقــد أخــذت محكمــة الــنقض ـ في غالب أحكامها ـ بالرأى الثانى إذ قضت بأن :

١- " إذا رفــع واضع اليد دعواه أمام القضاء المستعجل طالبا إزالــة السد موضوع النزاع وتمكينه من رى أطيانه بواسطة إزالة الســد ، فــإن هذا الطلب إذ يعتبر بمبناه ومعناه طلبا بمنع التعرض يقطــع مــدة دعوى وضع اليد ولو حكمت المحكمة المستعجلة بعدم اختصاصــها ، لأن رفــع الدعوى أمام محكمة غير مختصة يقطع المــدة والدفع بأن التكليف بالحضور أمام قاضى الأمور المستعجلة لايقطع التقادم لأنه لايؤدى إلا إلى إجراءات وقتية بقصد تأييد الحق فــيما بعــد فلا يستنتج منه معنى الطلب الواقع فعلا للمحكمة بالحق المــراد اقتضاؤه – هذا الدفع لا محل له حين يكون المدعى قد رفع أمام هذا القاضى طلبا خاصا بموضوع منع التعرض " .

(طعن رقم ٢٥ لسنة ١٥ ق جلسة ١٩٤٥/١٢/١٣)

٢- " الــنص فــي الفقــرة الأولى من المادة ٩٥٨ من القانون المدنى على أن "لحائز العقار إذا فقد الحيازة أن يطلب خلال السنة التالية لفقدها ردها إليه ...." يدل على أن فوات هذه المدة دون رفع الدعــوى يــؤدى إلــى انقضاء الحق فيها ، وبالتالى فهى مدة تقادم خــاص ويــنقطع بالمطالبة القضائية عملا بالمادة ٣٨٣ من القانون المدنــى ، وإذ تقضــى المــادة ٦٣ من قانون المرافعات بأن ترفع

الدعــوى بصحيفة تودع قلم كتاب المحكمة ما لم ينص القانون على غــير ذلك ، وكانت المادة ٩٥٨ من القانون المدنى المشار إليها لم ترســم طــريقا معيــنا لرفع الدعوى باسترداد الحيازة فإنها تعتبر مرفوعة من تاريخ إيداع صحيفتها ".

(رقم ١٣١٢ لسنة ٥٢ ق - جلسة ١٩٨٧/٢/١٢)

٣- " مــن المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه فيما يتعلق بالمدة المعيــنة لــرفع دعوى استرداد الحيازة فإن مدة السنة التى اشترط المشــرع في المادة ٩٥٨ من القانون المدنى عدم مضيها على فقد الحــيازة هى مدة تقادم خاص تسرى عليها قواعد الوقف والانقطاع التى تسرى على التقادم المسقط العادى وأن رفع واضع اليد دعواه أمــام القضاء المستعجل طالبا استرداد الحيازة يعتبر بمبناه ومعناه طلــبا بــرد الحــيازة يقطع مدة تقادم دعوى وضع اليد ولو قضت المحكمة المستعجلة بعدم اختصاصها لأن رفع الدعوى أمام محكمة غير مختصة يقطع المدة " .

(طعن رقم ٢٠٠٨ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٩٠/١٢/٢٥) (١)

---

(١) وقــارن نقض طعن رقم ٢٠٩٥ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨٥/١/٦ . إذ ذهب إلى أن :

١- " أوجبت المادتان ٩٥٨ ، ٩٦١ من القانون المدنى أن ترفع دعوى اســترداد الحيازة ودعوى منع التعرض خلال السنة التالية لفقدها أو من وقــوع التعرض وهى مدة سقوط يجب أن ترفع الدعوى خلالها وكانت

٨٠ ـ ميعاد السنة يتعلق بالنظام العام ك

ذهــب رأى في الفقه إلى أنه إذا رفعت الدعوى بعد مضى سنة مـــن تـــاريخ سلب الحيازة كانت الدعوى غير مقبولة ، وتعين على القاضى أن يحكم بعدم قبولها من تلقاء نفسه دون دفع من الخصم ، أى أن الميعاد يتعلق بالنظام العام [١].

وقــد أخذت محكمة النقض بهذا الرأى ـ بصدد دعوى منع التعرض ـ إذ قضت بأن :

" إن المـــادة ٩٦١ من القانون المدنى تنص على أن " من حاز عقارا واستمر حائزا له سنة كاملة ثم وقع له تعرض في حيازته له أن يرفع خلال السنة التالية دعوى منع هذا التعرض" . ومؤدى ذلك أن دعــوى منع التعرض يجب أن ترفع خلال سنة من وقت وقوع

الدعوى تعتبر مرفوعة بإيداع صحيفتها قلم الكتاب طبقا لنص المادة ٦٣ مـــن قـــانون المرافعات وكان الثابت في الدعوى أن المطعون ضده أقام دعــواه بمنع التعرض بصحيفة قدمها لقلم الكتاب في ١٩٧٨/٦/١ لمنع التعرض الحاصل بتاريخ ١٩٧٨/٤/١٢ فإن الدعوى تكون قد أقيمت في الميعاد ولا يغير من ذلك تعــديل المطعــون ضده لطلباته الحاصل في ١٩٧٩/١٢/٤ إلـــى طلب الحكم باسترداد حيازته ذلك أن التاريخ الأخير لايعتــبر رفعا لدعوى جديدة وأن رفع الدعوى بمنع التعرض في الميعاد وتكييف المحكمة لها أنها دعوى باسترداد الحيازة أو طلب الحائز الحكم باعتبارها كذلك لايؤثر على تاريخ رفعها أيا كان تاريخ تعديل الطلب" .

(١) المرافعات لمحمد العشماوى جـــ ٢ ص ١٥– وعكس ذلك : فتحى والى ص ١٢٠ – المستشار محمد عبد اللطيف ص ٣٣١ .

التعرض وإلا كانت غير مقبولة ومن ثم فإن المحكمة ملزمة بالتحقق من توافر هذا الشرط الذى يتوقف عليه قبول الدعوى فإذا لم يثبت لديها أن الدعوى رفعت خلال السنة التالية لوقوع التعرض تعين عليها أن تقضى بعدم قبولها دون طلب أو دفع من الخصوم بذلك وإذ التزم الحكم المطعون فيه ذلك وقضى بعدم قبول الدعوى لرفعها بعد مضى أكثر من سنة من وقوع التعرض فإنه قد أصاب صحيح القانون " .

(طعن رقم ١٠٤٨ لسنة ٤٧ ق جلسة ١٩٨٢/١١/٢٨٢)

٨١ ـ كيفية رفع الدعوى :

لم يرسم المشرع طريقا خاصا لرفع دعوى استرداد الحيازة ، ومن ثم فإنها ترفع طبقاً للقواعد العامة الواردة في قانون المرافعات، أى بصحيفة تودع قلم كتاب المحكمة (م ٦٣) .

ولاعبرة بتاريخ إعلان صحيفة الدعوى إلى المدعى عليه .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" أوجبت المادتان ٩٥٨ ، ٩٦١ من القانون المدنى أن ترفع دعوى استرداد الحيازة ودعوى منع التعرض خلال السنة التالية لفقدها أو من وقوع التعرض وهى مدة سقوط يجب أن ترفع الدعوى خلالها وكانت الدعوى تعتبر مرفوعة بإيداع صحيفتها قلم الكتاب طبقا لنص المادة ٦٣ من قانون المرافعات وكان الثابت في

الدعــوى أن المطعــون ضـــده أقام دعواه بمنع التعرض بصحيفة قدمهــا لقلم الكتاب في ١٩٧٨/٦/١ لمنع التعرض الحاصل بتاريخ ١٩٧٨/٤/١٢، فإن الدعوى تكون قد أقيمت في الميعاد ولايغير من ذلك تعــديل المطعــون ضـــده لطلباته الحاصــل فى ١٩٧٩/١٢/٤ إلـــى طلـــب الحكم باسترداد حيازته ذلك أن التاريخ الأخير لايعتبر رفعــا لدعــوى جديدة وأن رفع الدعوى بمنع التعرض في الميعاد وتكيــيف المحكمة لها أنها دعوى باسترداد الحيازة أو طلب الحائز الحكــم باعتــبارها كذلـــك لايؤثر على تاريخ رفعها أيا كان تاريخ تعديله الطلب" .

(طعن رقم ٢٠٩٥ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨٥/١/٦)

وترفع الدعوى أمام المحكمة المختصة قيميا بنظر الدعوى طبقا للقواعد العامة ، فإذا كانت قيمة الدعوى لاتجاوز عشرة آلاف جنيه رفعــت إلـــى المحكمة الجزئية ويكون حكمها انتهائيا إذا كانت قيمة الدعــوى لاتجاوز ألفى جنيه (م ١/٤٢ مرافعات) . وترفع الدعوى إلـــى المحكمة الابتدائية إذا كانت قيمة الدعوى تجاوز عشرة آلاف جنيه .

ويكــون حكمها انتهائيا إذا كانت قيمة الدعوى لاتجاوز عشرة آلاف جنيه (م ١/٤٧ مرافعات) .

وتقـدر قيمـة الدعوى بقيمة الحق الذى تـرد عليه الحيازة (م ٤/٣٧ مرافعات) .

٨٢ ـ رفـع الدعوى إلى محكمـة غير مختصة :

إذا رفعـت الدعـوى فـي خلال السنة التالية لفقد الحيازة أمام محكمـة غير مختصة ، فإن الدعوى تكون مقبولة لأن المشرع في المادة ١١٠ مرافعات يوجب على المحكمة غير المختصة ولو كان عدم الاختصاص متعلقا بالولاية إحالة الدعوى بحالتها إلى المحكمة المختصـة ، كمـا يلزم المحكمة المحال إليها الدعوى بنظرها مما يجعـل رفـع الدعوى أمام المحكمة غير المختصة مؤديا بذاته إلى نظرها وكأنه إجراء من إجراءات رفعها أمامها [١].

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " مفاد النص في المادة ١١٠ من قانون المرافعات على أن " المحكمـة إذا قضـت بعـدم اختصاصها أن تأمر بإحالة الدعوى بحالـتها إلـى المحكمة المختصة ولو كان عدم الاختصاص متعلقا بالولايـة " وعلى أن " تلتزم المحكمة المحال إليها الدعوى بنظرها" أن يعـتد أمـام هـذه المحكمـة الأخيرة بما تم من إجراءات أمام المحكمـة الـتى رفعـت إليها الدعوى ومن ثم ما تم صحيحا من إجـراءات قـبل الإحالـة يبقى صحيحا وتتابع الدعوى سيرها أمام

---

(١) المستشار على أحمد حسن ص ١٨٧ .

المحكمـــة التى أحيلت إليها من حيث انتهت إجراءاتها أمام المحكمة الـــتى أحالـــتها ، وإذ كان الاستئناف قد رفع في ميعاده بإجراءات صـــحيحة لـــدى محكمـــة الجيزة الابتدائية التى قضت بقبوله شكلا وبعـــدم اختصاصـــها به وإحالته إلى محكمة استئناف القاهرة . فلا تثريب على هذه المحكمة إذ تابعت نظره من حيث انتهت إجراءاته أمام المحكمة التى أحالته فاعتبرته محكوما بقبوله شكلا وسارت فيه حتى حكمت في موضوعه ، فإن النعى بهذا الوجه يكون على غير أساس " .

(طعن رقم ٦٦٨ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٧/٣/١٦)

٢- " النص في المادة ٩٦١ من القانون المدنى على جواز رفع دعوى منع التعرض في خلال السنة التالية من وقوع التعرض وإلا كانت غير مقبولة . فإنه وإن كان هذا الميعاد ميعاد سقوط لايسرى علـــيه تقـــادم أو انقطاع إلا أن رفع الدعوى في خلاله أمام محكمة غير مختصة مجز في تحقق الشرط الذى يتوقف عليه قبول الدعوى إذ أن المشـــرع في المادة ١١٠ من قانون المرافعات يلزم المحكمة غـــير المختصـــة ولو كان عدم الاختصاص متعلقا بالولاية بإحالة الدعـــوى بحالتها إلى المحكمة المختصة كما يلزم المحكمة المحال إلـــيها الدعـــوى بنظرها مما يجعل رفع الدعوى أمام المحكمة غير المختصـــة مؤديا بذاته إلى نظرها وكأنه إجراء من إجراءات رفعها

أمامهـا فتعتـبر الدعوى وكأنها قد رفعت منذ البداية أمامها وتكون العـبرة فـي تـاريخ رفعهـا هو برفع الدعوى أمام المحكمة غير المختصـة . ومن المقرر في قضاء هذه المحكمة أن على المحكمة المحال إليها الدعوى أن تنظرها بحالتها التى أحيلت بها ومن ثم فإن ما تم صحيحا من إجراءات قبل الإحالة يبقى صحيحا بما في ذلك إجراءات رفع الدعوى وتتابع الدعوى سيرها أمام المحكمة المحال إليها الدعوى من حيث انتهت إجراءاتها أمام المحكمة التى أحالتها ".

(طعن رقم ١٧ لسنة ٤٧ ق جلسة ١٩٨٢/١١/٢١)

٨٣ـ سلطة المحكمة في اعتبار دعوى منع التعرض دعوى استرداد حيازة :

لاتثريـب علـى المحكمـة أثناء نظر دعوى منع التعرض أن تعتـبرها دعوى استرداد حيازة وتحكم فيها على هذا الأساس متى تبينـت توافـر شـروطها ، إذ أنه لاتنافر ولاتعارض بين دعوى استرداد الحيازة ودعوى منع التعرض لأن أساسهما واحد .

وقد أوضحت ذلك محكمة النقض في قضائها إذ ذهبت إلى أن :

١-" يكفـي في دعوى استرداد الحيازة أن تكون للمدعى حيازة واقعية هادئة ظاهرة ، وأن يقع سلب تلك الحيازة بالقوة والإكراه[1]، فـإذا استظهرت المحكمة قيام هذه العناصر في الدعوى المرفوعة

---

(١) الحكم صادر في ظل التقنين المدنى القديم .

علـــى أنهـــا دعـــوى منع تعرض فاعتبرتها دعوى استرداد حيازة وحكمت فيها على هذا الاعتبار فإنها لا تكون قد أخطأت " .

(طعن رقم ١٠٨ لسنة ١٣ ق جلسة ١٩٤٤/٥/٤)

٢- " لاتثريب على المحكمة أثناء نظر دعوى منع التعرض أن تعتـــبرها دعوى استرداد حيازة وتحكم فيها على هذا الأساس متى تبينـــت توافر شروطها ، ذلك أنه لاتنافر ولا تعارض بين الدعويين لأن أساسهما واحد هو الحيازة المادية بشروطها القانونية والغرض منهما واحد هو حماية تلك الحيازة من الاعتداء عليها " .

(طعن رقم ٢٢٤ لسنة ٢١ ق جلسة ١٩٥٤/١٢/١٦)

٣- " مـــن المقـــرر في قضاء هذه المحكمة أنه لاتثريب على المحكمة أثناء نظر دعوى منع التعرض أن تعتبرها دعوى استرداد حيازة وتحكم فيها على هذا الأساس متى تبينت توافر شروطها ، إذ أنـــه لاتـــنافر ولا تعارض بين دعوى استرداد الحيازة ودعوى منع التعرض لأن أساسهما واحد وهو الحيازة المادية بشروطها القانونية والغـــرض منهما واحد وهو حماية تلك الحيازة من الاعتداء عليها ومتى ثبت هذا الحق للمحكمة فإنه يجوز للمدعى في دعوى الحيازة أن يغير طلبه من دعوى منع تعرض إلى دعوى باسترداد حيازة".

(طعن رقم ٢٠٩٥ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨٥/١/٦)

٨٤ـ تكييف دعوى استرداد الحيازة :

دعــوى استرداد الحيازة في القانون المصرى ، دعوى تتراوح بيــن أن تكون دعوى وضعت جزاء لعمل غير مشروع هو انتزاع الحــيازة فهى دعوى من دعاوى المسئولية ، وبين أن تكون دعوى وضعت لحماية الحيازة فهى دعوى من دعاوى الحيازة .

وهــذا بخــلاف القانون الفرنسى ، فدعوى استرداد الحيازة في هــذا القــانون أقــرب إلــى أن تكون دعوى شخصية من دعاوى المســئولية وضــعت جــزاء علــى عمل غير مشروع هو انتزاع الحــيازة، مــن أن تكون دعوى عينية من دعاوى الحيازة وضعت لحماية الحيازة في ذاتها(١) .

٨٥ـ ما يحكم به القاضى في دعوى استرداد الحيازة :

يحكــم القاضــى فــي دعــوى استرداد الحيازة – إذا توافرت شــروطها– بــرد الحيازة إلى المدعى ، وبرد الحالة إلى ما كانت علــيها قبل رفع الدعوى . فإذا كان المدعى عليه قد أقام منشآت في العقــار ، وجب الحكم عليه بهدمها . وإذا كان قد هدم منشآت كانت قائمة ، تعين الحكم عليه بإقامتها (٢).

---

(١) السنهورى ص ١٢٦٣ .

(٢) محمد على عرفه ص ١٧٣ وما بعدها .

ويستطيع القاضى أن يحكم على المدعى عليه بغرامة تهديدية ، يحمله على تنفيذ ما قضى عليه به .

ويجـوز للقاضـــى أن يأمر بشمول الحكم الصادر في الدعوى بالـنفاذ المعجـل بلا كفالة ، عملا بالفقرة السادسة من المادة ٢٩٠ مـرافعات إذا كان يترتب على تأخير التنفيذ ضرر جسيم بمصلحة المحكوم له .

ويجوز أن يحكم القاضى بالتعويض للمدعى بناء على طلبه إن رأى موجبا لذلك .

٨٦ـ اختصـاص القاضـى المسـتعجل بـنظر دعوى استرداد الحيازة :

يخـص القاضـــى المستعجل بنظر دعوى استرداد الحيازة ، إذ توافـر فـيها شـرطا اختصاصه العامان وهما : الاستعجال وعدم المساس بأصل الحق .

والاســتعجال يتوافر فيها لأنه نقوم قانونا على رد اعتداء غير مشروع بدون النظر إلى وضع اليد في ذاته .

كمـا أنه لايترتب على الفصل فيها المساس بأصل الحق ، لأن القاضـــى المستعجل لايتعرض فيها لأصل النزاع ، فهو لايبحث نية التملك عند واضع اليد ولاشروط الحيازة القانونية [١].

---

(١) المستشار محمد عبد اللطيف القضاء المستعجل الطبعة الثالثة ١٩٦٨ ص ٢٣٥– المستشـار عز الدين الدناصورى والأستاذ حامد عكاز القضاء

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"إن تقدير توافر شرط الاستعجال هو مما يستقل به قاضى الأمور المستعجلة ولا معقب عليه فيه ، وإذن فمتى كان الحكم إذ قضى باختصاص القضاء المستعجل وبإعادة وضع يد المطعون عليه الأول على الأرض قد أقام قضاءه على ما استخلصه من توافر الاستعجال في الدعوى ، وعلى ما تبين للمحكمة من أن ظاهر المستندات والتحقيقات المودعة بالملف ترجح حيازة المطعون عليه الأول لها وأنه كان يضع يده عليها حتى نزعت منه بعد الإجراءات التى اتخذها الطاعن والتى تشوبها الحيلة وتقوم مقام الغصب فإن هذا الذى قرره الحكم لا مخالفة فيه للقانون كما أن تقريره لحق المطعون عليه الأول في استرداد الحيازة هو تقدير وقتى عاجل لايمس الحق موضوع النزاع ".

(طعن رقم ٣٥٨ لسنة ٢٠ ق جلسة ١٩٥٢/٦/١٢)

ولما كان قضاء القاضى المستعجل في دعوى استرداد الحيازة لايعتبر قضاء في وضع يد وإنما قضاء بإجراء تحفظى يراد منه رد عدوان الغاصب محافظة على الأوضاع المادية الثابتة لضمان استقرار الأمن فإن قضاءه يقتصر على رد الحيازة فلا يجوز له

المستعجل وقضاء التنفيذ في ضوء الفقه والقضاء طبعة نادى القضاة ص ٣٨٥ .

القضاء بإعادة العقار إلى أصله وذلك بإزالة ما أحدثه المدعى عليه من تغيير سواء بإزالة ما أقامه من مبان أو بإعادة ما هدمه منها .

لأن ذلك يعتبر قضاء موضوعيا يخرج عن اختصاص القضاء المستعجل [١].

(١) الدناصورى وعكاز ص ٤٠٧.

مـــادة (٩٥٩)

١- إذا لــم يكن من فقد الحيازة قد انقضت على حيازته سنة وقت فقدها فلا يجوز أن يسترد الحيازة إلا من شخص لايستند إلى حــيازة أحــق بالتفضيل . والحيازة الأحق بالتفضيل هى الحيازة الــتى تقــوم على سند قانونى . فإذا لم يكن لدى أى من الحائزين ســند أو تعادلــت ســنداتهم كانت الحيازة الأحق هى الأسبق في التاريخ .

٢- أمــا إذا كان فقد الحيازة بالقوة فللحائز فى جميع الأحوال أن يسترد خلال السنة التالية حيازته من المعتدى .

الشــــرح

الحيازة التى لم يمض عليها سنة :

٨٧ ـ عـدم اسـترداد الحـيازة مـن شخص يستند إلى حيازة أفضـل :

إذا لــم يكن من فقد الحيازة قد انقضت على حيازته سنة وقت فقدهــا ، فــلا يجوز أن يسترد الحيازة إلا من شخص لايستند إلى حيازة أحق بالتفضيل .

وقــد أوضحت المادة أن الحيازة الأحق بالتفضيل هى الحيازة التى تقوم على سند قانوني (١).

---

(١) وينتقد البعض نص المادة لأنه يرد إثبات الحيازة إلى وجود سند قانونى، مع أن المسلم أن قاضى الحيازة ممنوع من بنائها على ثبوت الحق. وأنه

فـــإذا كانت حيازة المدعى دون خصمه تقوم على سند قانونى، كـــأن يكـــون حائـــزا للعقار بمقتضى حكم صادر له أو عقد لم يكن الشخص المنازع له فى الحيازة طرفا فيه ، فضل المدعى (١).

وإذا انـــتزع الراســـى عليه المزاد الحيازة من الدائن المرتهن للعقار، فلا تقبل من الأخير دعوى استرداد الحيازة لأن سند الراسى عليه المزاد أحق بالتفضيل من سند الدائن المرتهن .

وإذا انتزع أمين التفليسة الحيازة من زوجة المفلس الوكيلة عنه، فـــلا تقـــبل دعـــوى اســـترداد الحيازة من الأخيرة إذ أن سند أمين التفليســـة يجعلـــه وكيلا عن المفلس والدائنين جميعا ، فيكون سنده أحق بالتفضيل من سند الوكيلة عن المفلس فقط .

وبالعكس إذا انتزع الحارس القضائى العقار من المستأجر الذى لـــم تمـــض علـــى حيازته سنة كاملة ، فيجوز للمستأجر أن يسترد الحـــيازة من الحارس الذى لاتقوم حيازته على سند قانوني ، إذ أن

يـــبدو أن المشـــرع نقل هذا النص عما استقر عليه القضاء الفرنسى فى إثبات الملكية والمفاضلة بين المتنازعين على ملكية العقار، غير أن هذه الوســـيلة للإثبات إذا قبلت فى تحقيق دعوى الملكية فهى تخالف طبيعة دعوى الحيازة (عبد المنعم الشرقاوى ص ١١٩ هامش (١)) .

(١) المستشار محمد عبد اللطيف فى التقادم المكسب والمسقط ص ٣٤٣ .

حكم الحراسة يخوله الإدارة لا الحيازة، فى حين أن حيازة المستأجر تستند إلى سند قانونى فتكون أحق بالتفضيل [١].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " يدل نص المادتين ١/٩٥٨ ، ١/٩٥٩ من القانون المدنى علـــى أن من فقد حيازة عقار يجاب إلى طلبه ردها إليه متى ثبتت حـــيازته له عند فقدها وأقام الدعوى خلال سنة من تاريخ هذا الفقد ولو كان من سلب الحيازة يستند إلى حيازة أحق بالتفضيل طالما أن حيازة المدعى دامت مدة تجاوز سنة سابقة على فقدها " .

(طعن رقم ٤٨٩ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨٤/١١/٢٩- غير منشور)

٢- "وحيـــث إن هـــذا الـــنعى فى محله . ذلك أن المقرر – فى قضـــاء هذه المحكمة – أن دعوى استرداد الحيازة تقوم قانوناً على رد الاعـــتداء غير المشروع وأنها شرعت لحماية الحائز من أعمال الغصـــب ، ومن ثم كان قبولها رهناً بأن تكون لرافعها حيازة مادية حالـــة . ومعـــنى كونهـــا مادية أن تكون يد الحائز متصلة بالعقار إتصـــالا فعلياً قائماً فى حالة وقوع الغصب . والعبرة فى ثبوت هذه الحـــيازة – وهـــى واقعـــة مادية – بما يثبت قيامه فعلاً ولو خالف الثابـــت بمســـتندات . ولما كان النص فى الفقرة الأولى من المادة ٩٥٩ مـــن القـــانون المدنى على أن " إذا لم يكن من فقد الحيازة قد

---

(١) محمد على عرفه ص ١٧٣ .

انقضت على حيازته سنة وقت فقدها ، فلا يجوز أن يسترد الحيازة إلا من شخص لايستند إلى حيازة أحق بالتفضيل . والحيازة الأحق بالتفضيل هى الحيازة التى تقوم على سند قانونى . فإذا لم يكن لدى أى من الحائزين سند أو تعادلت سنداتهم ، كانت الحيازة الأحق هى الأسبق فى التاريخ " - يدل على أن المشرع وضع قواعد للمفاضلة بيـــن حيازة وأخرى ، فإذا قامت كل من الحيازتين على سند قانونى فضلت الحيازة الأسبق فى التاريخ سواء كان سندها سابقاً على سند الحـــيازة الأخـــرى أو لاحقاً له . وإذا لم تقم أى من الحيازتين على ســـند قانونى فإن الحيازة الأسبق فى التاريخ هى التى تفضل . وإذا قامـــت إحـــدى الحيازتين على سند قانونى ولم تقم الحيازة الأخرى علـــى ســـند مقابل فضلت الحيازة التى تقوم على سند قانونى سواء كانت سابقة على الحيازة الأخرى أو لاحقة لها . لما كان ذلك وكان الثابـــت مـــن تحقيقات المحضر الإدارى رقم ٤٣٨٤ لسنة ١٩٨٤ المنتزه- وحصله الحكم الابتدائى المؤيد لأسبابه بالحكم المطعون فيه- أن الطاعنين حازا الشقة موضوع النزاع ووضعا بها منقولاتهما منذ شـــهر سابق على تاريخ المعاينة التى تمت فى ١٩٨٤/٥/٣٠ وحتى تـــاريخ صـــدور قـــرار قاضـــى الحيازة فى ١٩٨٤/٧/٥ بتمكين المطعون ضدها من حيازتها مما مفاده أن المطعون ضدها لم يسبق لهـــا حيازة تلك الشقة ، فإنه - وقد تعادلت سندات طرفى النزاع-

تكــون حــيازة الطاعنيــن هى الأحق بالتفضيل باعتبارها الحيازة الأسبق فى التاريخ . وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وأقام قضـــاءه بــرفض الدعوى على سند من أن عقد استئجار المطعون ضــدها " تتوافر به حيازتها القانونية المقترنة بوضع اليد نيابة عن المؤجر " ، فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه مما يعيبه ويوجب نقضه لهذا الوجه دون حاجة لبحث باقى أوجه الطعن" .

(طعن رقم ٤٦٣ لسنة ٦٤ ق جلسة ٢٠٠٣/٢/٢٥- لم ينشر بعد)

٨٨ – حالــة عــدم وجــود ســند لــدى أى مــن الحائزين أو تعادل سنداتهم :

إذا لــم يكــن بــيدأى من الحائزين سند لوضع يده ، أو كانت ســنداتهم فــى وضــع اليد متعادلة ، تكون الأفضلية فى الحيازة ، للحيازة الأسبق فى التاريخ .

ومــثال الحــيازة الأســبق فى التاريخ التى تفضل عن الحيازة الأخــرى . أن يســتأجر اثــنان ذات العقار ، فحازه أحدهما وهيأ الأرض للزراعة مثلا ، ثم اغتصب الآخر هذه الحيازة ببذر البذور فى الأرض ، فإنه يكون للأول أن يسترد الحيازة من الثانى لتعادل حيازتهما ، فتكون الأفضلية للحيازة الأسبق فى التاريخ [١].

---

(١) محمد على عرفه ص ١٧٣ .

٨٩ـ عبء إثبات الحيازة الأحق بالتفضيل أو الأسبق فى التاريخ:

يقع على عاتق المدعى عبء إثبات أن حيازته أحق بالتفضيل إذا كان لدى كل من الحائزين سند لحيازته ، كما يقع عليه عبء إثبات أن حيازته أسبق فى التاريخ إذا لم يكن لدى أى من الحائزين سند أو تعادلت سنداتهم [١].

٩٠ـ استرداد الحيازة التى فقدت بالقوة فى جميع الأحوال :

تنص الفقرة الثانية من المادة (٩٥٩) على أن : " أما إذا كان فقد الحيازة بالقوة فللحائز فى جميع الأحوال أن يسترد خلال السنة التالية حيازته من المعتدى ".

وبالربط بين هذه الفقرة والفقرة الأولى من المادة يتضح أنه إذا كان لم يمض على حيازة الحائز مدة سنة ، وفقدت حيازته بالقوة كان له استرداد هذه الحيازة خلال السنة التالية لفقدها ، دون المفاضلة بين سنده وسند المعتدى . أى له استرداد الحيازة ، ولامجال فى هذه الحالة للمفاضلة أو المقارنة بين الحيازات أو الحائزين [٢].

---

(١) السنهورى ص ١٢٦٢ ومابعدها .

(٢) المستشار محمد عبد اللطيف ص ٣٤٣ .

مـــادة (٩٦٠)

للحائــز أن يرفع فى الميعاد القانونى دعوى استرداد الحيازة علــى مــن انتقلت إليه حيازة الشيء المغتصب منه ولو كان هذا الأخير حسن النية .

الشــــرح

٩١ ـ ضد من ترفع دعوى استرداد الحيازة ؟

المدعــى علــيه فى دعوى استرداد الحيازة هو الشخص الذى ينتزع الحيازة من الحائز بالقوة أو بالغصب علنا أو خفية .

ولايلزم أن يكون المدعى عليه الذى ارتكب هذا العمل العدوانى سيء النية ، فقد يكون معتقدا بحسن نية ، بل قد يكون على حق فى اعتقاده ، بأن العقار الذى انتزع حيازته هو عقار مملوك له. ولكنه مــع ذلــك يكون قد أخطأ فى تعمده أن يأخذ حقه بيده بدلا من أن يلجــأإلى القضـــاء ، ومـــن ثم يكون انتزاعه الحيازة عملا عدوانيا يوجــب قــبل كل أمر آخر أن ترد الحيازة إلى الحائز ثم ينظر بعد ذلــك ، بالوسائل التى قررها القانون – أى من الخصمين له الحق فى ملكية العقار ، أو له الحق فى حيازته [١].

وإذا انتقلــت حــيازة العقار المغتصب من المغتصب إلى الغير ســواء كــان الغير خلفا عاما أو خلفا خاصا ، فإن خلف المغتصب

---

(١) السنهورى ص ١٢٥٢ .

الذى انتقلت إليه الحيازة يكون هو المدعى عليه فى دعوى استرداد الحيازة ، حتى لو كان الخلف حسن النية لايعلم أن سلفه قد اغتصب العقار [١].

فدعوى استرداد الحيازة تغير من الدعاوى العينية العقارية ، وليست من الدعاوى الشخصية التى لاتجوز مباشرتها إلا ضد من انتزع الحيازة أو ورثته [٢].

وإذا ادعى المعتدى على الحيازة أنه يعمل باسم غيره أو بأمره جاز رفع الدعوى على الاثنين باعتبار أحدهما معتديا والآخر حدث الاعتداء على الحيازة باسمه [٣].

وقد كانت دعوى استرداد الحيازة فى ظل التقنين المدنى القديم لا ترفع على من آلت إليه حيازة العقار إذا كان حسن النية لأنها كانت دعوى شخصية .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"مؤدى المادة ٩٦٠ من القانون المدنى أنه يجوز رفع دعوى استرداد الحيازة على من انتقلت إليه حيازة العقار من مغتصب

---

(١) المستشار على أحمد حسن ص ١٨١ .
(٢) محمد على عرفه ص ١٦٩- الدكتور عبد المنعم الشرقاوى ص ١٠٦ .
(٣) عبد المنعم الشرقاوى ص ١٢٥ .

الحـــيازة ولـــو كـــان الأول حسن النية ومن ثم فإن الدعوى تكون مقبولة قبل كل من الطاعنين - المالكين - والمطعون عليه الرابع- المســتأجر مــنهما- ويكــون مــن حق المطعون عليها الأولى - المســتأجرة الأصلية - استرداد الحيازة دون تأثير لحق أو سوء نية أيهم" .

(طعن رقم ٧١١ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٧٦/٥/٥)

مـادة (٩٦١)

من حاز عقارا واستمر حائزا له سنة كاملة ثم وقع له تعرض فـى حـيازته جـــاز أن يـرفع خلال السنة التالية دعوى بمنع التعرض .

الشــرح

(الدعوى الثانية)

(دعوى منع التعرض)

٩٢ـ شروط الدعوى :

وضعت المادة لدعوى منع التعرض ثلاثة شروط هى :

١- أن يكون المدعى حائزا لعقار .

٢- أن تسـتمر حـيازة المدعـى للعقار مدة سنة سابقة على حصول التعرض .

٣- أن يقع للمدعى تعرض فى حيازته .

٤- أن تـرفع دعوى منع التعرض خلال السنة التالية لحصول التعرض .

ونعرض لهذه الشروط تفصيلا فيما يلى :

الشرط الأول
حيازة المدعى لعقار

٩٣ ـ مضمون الشرط :

يشترط لرفع دعوى منع التعرض أن يكون المدعى حائزا لعقار وقت حصول التعرض له فى حيازته ، أى أن يكون له وضع يد فعلى على العقار .

ويجب أن تكون هذه الحيازة قانونية لأن المشرع يحمى الحيازة هنا لأنه يعتبرها قرينة على تملك الحق . والحيازة التى تعد قرينة على تملك الحق هى بعينها التى تؤدى إلى كسب الحق بالتقادم ، فمن الواجب أن تتوافر فيها الصفات التى يتعين توافرها فى الحيازة التى تؤدى إلى كسب الحق بالتقادم وإلا ما كانت مظهرا لتملك الحق وما كانت جديرة بأى حماية خاصة .

وترتيبا على ما تقدم يبين أنه يشترط أن تتوافر فى حيازة المدعى عنصراها المادى والمعنوى . دون أن تكون مشوبة بعيب من عيوب الحيازة ، وهى الإكراه أو الخفاء أو الغموض (١).

فيجب أن تكون حيازة الحائز أصيلة لا حيازة عارضه . أى يجب أن يحوز لحساب لنفسه لا لحساب غيره .

---

(١) محمد على عرفه ص ١٧٨ – المستشار محمد عبد اللطيف ص ١٨٢ .

فإذا وقع تعرض على حق الملكية ، فلا يجوز رفع دعوى منع التعرض إلا ممن يحوز حق الملكية . فلا يجوز أن ترفع الدعوى فى هذه الحالة من صاحب حق الانتفاع أو صاحب حق الارتفاق أو صاحب حق السكنى فهم جميعا حائزون عرضيون بالنسبة إلى حق الملكية ، لأنهم يحوزون هذا الحق لحساب غيرهم وهو المالك .

وإنما يحوز لكل من صاحب حق الانتفاع وصاحب حق السكنى وصاحب حق الارتفاق - إذ هو يضع يده على العين بنية استعمال هذا الحق - أن يرفع دعوى منع التعرض إذا وقع التعرض على الحق الذى يباشره لحساب نفسه ، فهو أصيل فى حيازته ويحوزه لحساب نفسه لا لحساب المالك (١).

أما إذا كان المدعى حائزا حيازة مادية أو عرضية كالمودع لديه والمستعير فلا يجوز له رفع هذه الدعوى .

وقد استثنى المشرع من هذه القاعدة العامة المستأجر . فبالرغم من أن حيازته عرضية أجاز له أن يرفع باسمه جميع دعاوى الحيازة (٢).

---

(١) السنهورى ص ١٢٦٨ وما بعدها - المستشار محمد عبد اللطيف ص ٣١٩ وما بعدها .

(٢) أحمد أبو الوفا ص ١٥١- الدكتور أحمد الصاوى الوسيط فى شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ١٩٩٤ ص ٢١٣ .

ودعـــاوى مـــنع التعرض التى يجوز للمستأجر رفعها هى تلك الـــتى ترفع ضد الغير، لا ضد المالك ، فهو يحوز العين نيابة عنه، وتحكم علاقته بالمالك عقد الإيجار .

ولاتقـــبل دعوى الحيازة ممن يحوز لحساب آخر ويتبع تعاليمه ويأتمـــر بأوامره ، إذ هو ليست له على العقار سلطة مستقلة بل هو تابع للحائز .

فدعـــوى الحـــيازة هـــنا يجب أن يرفعها الحائز الحقيقى . وقد نصـــت الفقـــرة الأولى من المادة ٩٥١ على أنه : " تصح الحيازة بالوســـاطة متى كان الوسيط يباشرها باسم الحائز وكان متصلا به اتصـــالا يلزمه الائتمار بأوامره فيما يتعلق بهذه الحيازة " فالموظف الذى يشتغل فى مصنع أو فى متجر أو فى أرض زراعية لايستطيع أن يـــرفع دعـــوى الحـــيازة باسمه لأنه يباشر الحيازة باسم الحائز الحقـــيقى (صـــاحب المصنع أو المتجر أو مالك الأرض الزراعية) ويتصل به.

ولايعتـــبر حائـــزا قانونـــا إلا من ترد حيازته على حق عينى أصـــلى ، أما من ترد حيازته على حق عينى تبعى كالدائن المرتهن رهـــنا حيازيا فلا يعتبر حائزا قانونيا ، بل إنه حائز عرضى لاتقبل منه دعوى منع التعرض (١).

---

(١) محمـــد على عـــرفه ص ١٧٨ وما بعدها – المستشار على أحمد حسن ص ١٨٣ .

غـــير أن رأيا فى الفقه يذهب إلى أن الدائن المرتهن وإن كان يعتـــبر حائـــزا عرضيا بالنسبة للمالك الحقيقى إلا أنه يعتبر حائزا قانونـــيا بالنسبة للحق العينى الذى يحوزه ، وهو حق الرهن ، ومن ثـــم له أن يدفـــع تعرض المدين الراهن أو تعرض الغير له بدعوى منع التعرض (١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إذا غصـــب شـــخص أطـــيانا وحكـــم عليه برد حيازتها فحـــيازته إياها من وقت تقديم الشكوى الإدارية ضده إلى وقت تنفيذ الحكـــم الذى صدر عليه لاتعتبر حيازة هادئة فلا يصح التمسك بها فـــى دعـــوى منع التعرض قبل صاحب اليد الذى حصل له تعرض جديد من الغاصب والذى توافرت فى وضع يده الشروط القانونية" .

(طعن رقم ٤٦ لسنة ١٢ ق جلسة ١٩٤٣/٢/٢٥)

٢- " إن أساس دعوى منع التعرض هو الحيازة المعتبرة قانونا بتوافر نية التملك ، فيجب على المحكمة عند الحكم فيها أن تبين في حكمهـــا جمـــيع الشرائط القانونية الواجب توافرها في وضع اليد، وأهمها أن يكون بنية التملك " .

(طعن رقم ٤٩ لسنة ١٤ ق جلسة ١٩٤٥/١/١٨).

---

(١) المستشار محمد عبد اللطيف ص ٣٢٠ – السنهورى ص ١٢٦٩ .

٣- " المستأجر لايملك أن يرفع دعوى منع التعرض فإذا دفعت هـذه الدعوى بأن رافعها لم يضع يده على الأرض موضوع النزاع بنية التملك لأنه لم يكن إلا مستأجرا، ورأت المحكمة قبول الدعوى وجـب عليها أن تثبت توافر الأركان القانونية لدعوى منع التعرض وأن تـورد الدلـيل علـى حصول التغيير فعلا في سبب وضع يد المدعى ، فإن هى اكتفت بقولها أن التغيير في سبب وضع اليد غير محظـور قانونـا على المستأجر فإنها تكون قد أخطأت في تطبيق القانون ".

(طعن رقم ١٣٦ لسنة ١٤ ق جلسة ١٩٤٥/٣/٢٩)

٤- " مـتى كان الواقع في الدعوى هو أن مورث الطاعنة أقام مـنزلا به مطلات تطل على قطعة أرض فضاء مملوكة لآخر أقام علـيها "جـراجا" مصنوعا من الخشب والصاج ثم باعها أخيرا إلى المطعـون علـيه الذى أقام حائطا لسد هذه المطلات فأقامت عليه الطاعـنة دعوى تطلب منع تعرضه وكان الحكم المطعون فيه وهو بسـبيل تحقيق توافر شرائط وضع اليد قد استخلص من الأدلة التى سـاقها أن ترك مطلات منزل الطاعنة على العقار المبيع للمطعون علـيه كان من قبيل التسامح من جانب البائع لهذا الأخير إذ لم يكن

فـيهِ أى اعـتداء علـى ملكه وبذلك نفى نية التملك عن وضع يد الطاعـنة وهو ركن أساسى من أركان دعوى منع التعرض فإن في هـذا وحده ما يكفى لإقامة الحكم برفض دعوى منع التعرض .... الخ " .

(طعن رقم ١٤٥ لسنة ١٩ ق جلسة ١٩٥١/٦/١٤)

٥- " يجـب توافر نية التملك لمن يبتغى حماية يده بدعوى منع التعرض ولازم هذا أن يكون العقار من العقارات التى يجوز تملكها بالـتقادم ، فـلا تكفى حيازة عرضية ولا يكفى أن يكون وضع اليد على عقار من الأموال العامة. أما ما أباحه القانون المدنى في المادة ٢٧٥ للمسـتأجر وهو حائز عرضى من رفع دعاوى الحيازة فإنما جـاء اسـتثناء مـن الأصـل لاتطبيقا لمبدأ عام وذلك لما لمركز المسـتأجر مـن اعتـبار خـاص دون سائر الحائزين العرضيين كالحارس والمرتهن حيازيا والمودع لديه " .

(طعن رقم ٣٥٧ لسنة ٢٢ ق جلسة ١٩٥٦/٤/١٢)

٦- " وضـع يـد المستحق في ريع العقار الموقوف لايبيح له رفع دعوى منع التعرض لأن وضع يده في هذه الحالة لايقترن بنية التملك " .

(طعن رقم ٣٩٣ لسنة ٢٣ ق جلسة ١٩٥٨/١/٢٣)

٧- " لايملــك المســتأجر أن يــرفع دعوى منع التعرض ضد المؤجر لأن حيازته للعقار المؤجر غير مقترنة بنية التملك وعلاقته بالمؤجــر إنمــا تقــوم على عقد الإيجار لا على الحيازة التى تبيح لصاحبها رفع دعوى منع التعرض وهى ليست مجرد التسلط المادى علــى العقــار بــل يجب أن تكون مقترنة بنية التملك- ولم يخالف القانون المدنى الجديد القانون المدنى القديم في هذا الخصوص. أما مــا أباحه القانون الجديد في المادة ٥٧٥ للمستأجر من رفع دعاوى اليد جميعا ضد غير المؤجر فإنه استثناء من القاعدة العامة " .

(طعن رقم ٣٩٣ لسنة ٢٣ ق جلسة ١٩٥٨/١/٢٣)

٨- " مــن الواجب – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- توافر نية التملك لمن يبغى حماية يده بدعوى منع التعرض ، ولازم ذلــك أن يكــون العقار من العقارات التى يجوز تملكها بالتقادم فلا يكــون من الأموال الخاصة للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة الــتى منع الشارع تملكها أو كسب أى حق عينى عليها بالتقادم بما نص عليه في المادة ٩٧٠ من القانون المدنى ".

(طعن رقم ٤٦٨ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٧٧/١١/٩)

٩- " القــانون المدنــى اعتــبر المستأجر حائزا تحميه جميع دعــاوى الحــيازة ، وطبقت المادة ١/٥٧٥ من القانون المدنى هذا

الحكم تطبيقا صحيحا في صدد التعرض المادى الصادر من الغير ، فأجـازت للمسـتأجر أن يرفع باسمه على المتعرض جميع دعاوى الحـيازة ، سـواء كان تعرض الغير له ماديا أو تعرضا مبنيا على سبب قانونى " .

(طعنان رقما ٢٥، ٢٨ لسنة ٥٠ ق أول يناير سنة ١٩٨١.)

١٠- " إن حيازة المستأجر تعتبر حيازة للمؤجر واستمرارا لها ، وإذا كـان القانون قد أجاز للمستأجر رفع دعوى الحيازة طبقا لنص المـادة ٥٧٥ من القانون المدنى فلأن له مصلحة شخصية في الذود عـن الحيازة ضد الغير الذى يعتدى عليها ، أما إذا رفع المستأجر دعوى على المؤجر لتعرضه لحيازته أو استنادا لها ، فلا تكون هذه دعوى حيازة لأنها لاتستند إلى الحيازة وإنما تستند إلى عقد الإيجار الذى أبرم بينهما لأن دعوى الحيازة هى تلك التى يستند رافعها إلى مجـرد الحـيازة طالـبا حمايتها ، وإذ كانت الطاعنة تستند - قبل المؤجر المطعون ضده - في حيازتها لعين النزاع إلى عقد شرائها بالجدك من المستأجر الأصلى ، فإن المادة ٥٩٤ من القانون المدنى وحدها هى التى تحكم صحة هذا العقد وإذ انتهت المحكمة في الرد علـى السـبب السابق إلى أن عقد شراء الطاعنة لايكتمل الشرائط اللازمـة لانطباقها عليه ، فلا على المحكمة إن طبقت عليه قانون

إيجـــار الأماكـــن ويكون النعى على غير أساس . ولما تقدم يتعين رفض الطعن ".

(طعن رقم ٨٥٩ لسنة ٤٧ ق جلسة ١٩٨١/٦/٦)

١١- " يجب – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – توافر نـــية التملك لمن يبغى حماية يده بدعوى منع التعرض ، ولازم ذلك أن يكـــون العقـــار ممـــا يجوز تملكه بالتقادم فلا يكون من الأموال الخاصة للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة أو الأوقاف الخيرية التى منع الشارع تملكها أو كسب حق عينى عليها بالتقادم بما نص علـــيه فـــي المادة ٩٧٠ من القانون المدنى المعدلة بالقانونين رقمى ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ ، ٣٩ لسنة ١٩٥٩".

(طعن رقم ٦٩ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨٤/١٢/١٢)

١٢- " المقـــرر- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- أنه يتعيـــن توافر نية التملك لمن يبغى حماية يده بدعوى منع التعرض ولازم ذلك أن يكون العقار من العقارات التى يجوز تملكها بالتقادم فـــلا يكـــون من الأموال الخاصة بالدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامـــة أو الأوقـــاف الخيرية التى منع المشرع تملكها أو كسب أى حـــق عينى عليها بالتقادم بما نص عليه في المادة ٩٧٠ من القانون

المدنـــى المعدلـــة بالقانونيـــن ١٤٧/١٩٥٧- ٣٩/١٩٥٩ ، ومن ثم يتعين على المحكمة في دعوى منع التعرض أن تحسم النزاع المثار حـــول مـــا إذا كـــان العقـــار مما يجوز كسب ملكيته بالتقادم أم لا للوصـــول إلـــى ما إذا كانت حيازته جديرة بالحماية القانونية لمنع التعرض لها أم لا دون أن يعتبر ذلك منها تعرضا لأصل الحق " .

(طعن رقم ١٠٨٠ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨٤/٣/٢٧)

١٣- " المقـــرر – وعلـــى مـــا جرى به قضاء هذه الحكمة – وجـــوب توافـــر نـــية التملك لدى الحائز الذى يلجأ إلى دعوى منع الـــتعرض حمايـــة لحيازته ، ولازم ذلك أن يكون العقار موضوع الحـــيازة ممـــا يجوز تملكه بالتقادم فلا يكون من الأموال الخاصة للدولـــة أو الأشخاص الاعتبارية العامة التى منع الشارع تملكها أو كســـب أى حـــق عينى عليها بالتقادم . وقد نصت المادة ٩٧٠ من القانون المدنى بعد تعديلها بالقانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ على عدم جـــواز تملـــك أمـــوال الأوقاف الخيرية أو كسب حق عينى عليها بالتقادم " .

(طعن رقم ١٦٢٣ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٥/١/١٣)

١٤- لئن كان يشترط لقبول دعوى منع التعرض توفر الحيازة بعنصـــريها المادى والمعنوى مما لايجوز معه لحائز المال العام أن

يرفع هذه الدعوى لعدم إمكان توفر نية الملك في وضع يده ، إلا أنه لما كان الثابت في الدعوى أن الأرض محل النزاع قد ربطت باسم المطعون ضده كمنافع من قبل مصلحة الضرائب مما يعد ترخيصا له من هذه الجهة بالانتفاع بها مقابل ما تستأديه منه عن هذا الربط، وكانــت حــيازة المرخص له في الانتفاع بالعين المرخص بها وإن اعتبرت حيازة عرضية في مواجهة الجهة المرخصة إلا أنها حيازة أصــلية فــي مواجهة الغير تجيز للحائز رفع دعوى منع التعرض علــيه إذا وقــع منه اعتداء على الحق المرخص به- لما كان ذلك وكان وضع يد الطاعن على أرض النزاع بعد إلغاء ربطها عليه قد أضــحى بغــير سبب فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى بتأييد الحكم الابــتدائي الذى خلص في قضائه إلى قبول دعوى المطعون ضده ومــنع تعرض الطاعن له في الانتفاع بأرض النزاع يكون قد وافق صحيح القانون ولايعيبه بعد ذلك ما ورد في أسباب الحكم المؤيد له الــتى أحال إليها من تقريرات قانونية غير سليمة إذ لمحكمة النقض أن تصوب ذلك دون أن تنقض الحكم " .

(طعن رقم ٢٦٨ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٨٦/١٢/٢١- غير منشور)

١٥- " مفــاد نص المادتين ١/٥٧٥ ، ٩٥٨ من القانون المدنى يــدل علــى أن المشرع وإن كان قد أباح للمستأجر أن يرفع باسمه علــى المتعرض جميع دعاوى الحيازة سواء كان تعرض الغير له

تعرضـــا ماديا أو تعرضا مبنيا على سبب قانونى إلا أن شرط ذلك أن تكـــون له حيازة مادية وحالية على العين ومعنى كونها مادية أن تكـــون يـــده كحائز متصلة بالعقار اتصالا فعليا يجعل العقار تحت تصـــرفه المباشـــر ومعنى كونها حالية أن يكون هذا الاتصال قائما حـــال وقـــوع الغصـــب وإذ انتهى الحكم المطعون فيه إلى رفض الدعوى على سند من عدم توافر أى حيازة للطاعن فإنه لا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون " .

(طعن رقم ١٣٧٧ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٩/٤/١٧)

١٦- " لمـــا كان من المتعين فيمن يبغى حماية وضع يده على عقـــار بدعـــوى مـــنع الـــتعرض - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمـــة- أن تتوافر لديه نية التملك وكان لازم ذلك أن يكون هذا العقـــار الذى تسبغ الحماية عليه بمقتضاها من العقارات التى يجوز تملكهـــا بالـــتقادم بـــأن لا تكـــون من الأموال الخاصة بالدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة أو الأوقاف الخيرية التى حظر المشرع تملكها أو كسب أى حق عينى عليها بالتقادم بما نص عليه في المادة ٩٧٠ مـــن القـــانون المدنى بعد تعديلها بالقانونين رقمى ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ ، ٣٩ لســـنة ١٩٥٩ فإن مقتضى ذلك أنه على المحكمة في دعوى منع التعرض أن تحسم النزاع المثار حول ما إذا كان العقار محل النزاع مما يجوز كسب ملكيته بالتقادم من عدمه للوصول إلى

ما إذا كانت حيازة جديرة بالحماية القانونية لمنع التعرض أم لا دون أن يعتبر ذلك منها تعرضا لأصل الحق " .

(طعن رقم ٦١٨ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٩٢/٣/١٨)

٩٤ ـ لايشترط حسن نية المدعى :

لايشـــترط لـــرفع دعـــوى منع التعرض – كما لايشترط لرفع دعوى استرداد الحيازة– أن يكون الحائز حسن النية ، فللحائز رفع دعوى منع التعرض حتى لو كان سيء النية [١].

---

(١) السنهورى ص ١٢٧٢ .

الشرط الثانى
استمرار حيازة المدعى مدة سنة
سابقة على التعرض

٩٥ـ مضمون الشرط :

يشـــترط أن يكون الحائز قد وضع يده سنة كاملة بدون انقطاع قـــبل حصـــول الـــتعرض . وهـــذا الشرط مستمد في الأصل من التشـــريعات الجرمانية القديمة التى كانت تجيز لواضع اليد اكتساب الملكـــية بمضـــى ســـنة إذا انتفع بالعقار سنة كاملة فاتخذ التشريع الحديث من وضع اليد مدة سنة قرينة على الملكية .

ولاتقبل دعوى الحيازة ممن انقطعت حيازته بفعل مادى كطرده من العين أو تركه لها ، أو بعمل قانونى كإقراره بحيازة خصمه .

أمـــا الموانـــع الوقتية أو القوة القاهرة التى تحول دون الانتفاع كالغـــرق أو الفيضان ، فلا يترتب عليها اعتبار الحيازة منقطعة من وقت حصول الاستحالة التى منعت الحائز من مباشرة حيازته ، وقد رأينا أن الفقرة الأولى من المادة ٩٥٧ مدنى تنص على أن تنقضى الحيازة إذا حال دون مباشرة السيطرة الفعلية على الحق مانع وقتى" وعلـــى ذلك يظل الحائز محتفظا بالحيازة رغم هذا المانع ، وكذلك لاتزول يد صاحب الحق على العين بمجرد سكوته عن الانتفاع بها. -

ويجوز للحائز أن يضم إلى حيازته مدة وضع يد سلفه . فيصح للخلــف العــام أن يتمسك بحيازة سلفه ليكمل بذلك مدة السنة التى يتطلــبها القــانون . كما يحق للخلف الخاص أن يضم إلى حيازته حيازة سلفه ، متى استجمعت الحيازتان كافة شروطهما القانونية .

ويجوز للأصيل أن يتمسك بمدة وضع يد الأشخاص الذين كانوا يباشــرون الحــيازة نيابة عنهم فالمستأجر والزارع والوكيل هم في الواقــع يباشــرون الحــيازة لحساب الأصيل ومن ثم يحق للأصيل التذرع بمدة وضع يدهم .

وغــنى عــن البيان أنه إذا وضع الغير اليد على العين لمجرد الانــتفاع بها بصفة مؤقتة ، دون أن يكون ذلك بنية التملك فإن يده على العين تكون بمثابة استمرار يد ذى الشأن عليها .

وإذا كــان المقرر فقها أن لصاحب حق الانتفاع أو السكنى أن يباشــر الحــيازة لحساب نفسه إلا أنه يباشرها أيضا نيابة عن مالك الرقــبة ومــن ثــم جاز لهذا الأخير أن يتذرع بحيازة صاحب حق الانتفاع أو السكنى عند الحاجة [١].

---

(١) المستشــار محمــد عبد اللطيف ص ٣٣٢ - المستشار على أحمد حسن ص ١٨٣ ومابعدها .

الشرط الثالث
وقوع تعرض للمدعى فيحيازته

٩٦ – مضمون الشرط :

يشترط أن يقع تعرض للمدعى في حيازته . والتعرض الصادر من المدعى عليه إما أن يكون تعرضا ماديا أو تعرضا قانونيا . ومن المتفق عليه فقها وقضاء أن التعرض لايقتصر مدلوله على التعدى على الحيازة فحسب ، بل يمتد إلى سلب الحيازة كلية ، إلا أن سلب الحيازة ليس واجبا لرفع دعوى منع التعرض (١).

وتطبيقا لذلك قضى بأن لواضع اليد الذى رفعت يده عن العقار بفعل الغير أن يرفع دعوى منع التعرض ، ولايتحتم عليه رفع دعوى استرداد الحيازة ، متى كانت شرائط دعوى منع التعرض متوافرة (٢).

كما قضى بأنه لايهم في دعوى منع التعرض المرفوعة من واضع اليد بصفته مالكا أن يقتصر رافعها على استرداد الحيازة أثناء المرافعة ، إذا جاء طلبه هذا على إثر إزالة يده . فمثل هذا الطلب لا يجئ معدلا لطبيعة دعواه الأصلية ، بل يكون المقصود منه إبداء الغرض الحقيقى والنتيجة النهائية لرفع الدعوى ، وهى

---

(١) محمد على عرفه ص ١٧٨ .

(٢) بنى سويف استئناف ١٢ ديسمبر ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ١٠٣/٤٤/٣٠ .

اســترداد العين المغتصبة ، الأمر الممكن الوصول إليه من طريق دعوى منع التعرض [١].

ونعرض فيما يلي لنوعي التعرض :

(أ) التعرض المادى :

الـتعرض المــادى ، هو أى عمل مادى من أعمال التعدى يقع علــى حــيازة المدعى ، ويكون من شأنه تعكير الحيازة والمنازعة فيها [٢].

ولايشــترط أن يصــاحب هذا الفعل عنف أو قوة بل يكفى أن يحمل فى طياته معنى العدوان الفعلى المهدد للحيازة [٣].

والتعرض المادى قد يكون مباشرا أو غير مباشر .

والـتعرض المباشر هو ما يقع على عقار المدعى (فى دعوى الحــيازة) ذاتــه ، ومثال ذلك . إقامة بناء أو إحداث حفرة أو بذر الـبذور أو حصد المحاصيل أو قطع الأشجار أو المرور فى أرض الحائــز أو رعــى المواشــى أو إقامة أسلاك للكهرباء على سطح البناء[٤].

---

(١) أسـيوط اسـتئنافى ٢٨ مارس ١٩٢٨ مشار إليه في مؤلف محمد على عرفه ص ١٧٨ هامش (٣) .

(٢) السنهورى ص ١٢٧٨ – محمد على عرفه ص ١٧٦ .

(٣) المستشار محمد عبد اللطيف ص ٣٢٤ .

(٤) محمد كامل مرسى ص ٤٣ – عبد المنعم الشرقاوى .

أما التعرض غير المباشر ، فيقع متى كانت الأعمال التى تعتبر تعرضـــا قد أجريت على عقار المعتدى على الحيازة أو على عقار للغير ، فلا تقع أعمال التعرض فى هذه الصورة على عقار المدعى . ومـــثال ذلك : أن يفتح الجار فى ملكه مطلات على أقل من المسافة القانونية ، أو يقيم حائطا أو بناء فى أرضه يسد به مطلا لجاره .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " الـــتعرض الذى يصلح أساسا لرفع دعوى وضع اليد هو الإجراء الموجه إلى واضع اليد على أساس ادعاء حق يتعارض مع حق واضع اليد " .

(طعن رقم ٣٢ لسنة ٢ ق جلسة ١٩٣٢/١٠/٢٧)

٢- " فعـــل الـــتعرض الـــذى يصـــلح أساسا لرفع دعوى منع الـــتعرض يـــتحقق بمجرد تعكير الحيازة والمنازعة فيها ، فإذا كان الحكـــم المطعـــون فـــيه قـــد أورد فى أسبابه عن فعل التعرض أن المســـتأنف عليه (الطاعن) قد أقام السلم جميعه بعمده الأربعة داخل الممـــر وأنـــه بذلك يعتبر متعرضا للمستأنف (المطعون عليه) فهذا حسبه بيانا لفعل التعرض " .

(طعن رقم ٢٩ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٣/١١/٢٨)[1]

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن :

٣- " الـتعرض الـذى يبـيح لحائز العقار حيازة قانونية رفع دعـوى مـنع التعرض وهو كل عمل مادى أو كل تصرف قانونى يتضـمن بطريق مباشر أو بطريق غير مباشر ادعاء يتعارض مع حـق واضـع اليد فيكفى أن يعارض المدعى عليه حق المدعى فى الحيازة ليكون هناك تعرض واقع من المدعى عليه .... الخ " .

(طعن رقم ١٠٤٨ لسنة ٤٧ ق جلسة ١٩٨٢/١١/٢٨)

٩٧ـ مالا يعتبر تعرضا ماديا :

لايعتبر تعرضا ماديا ما يأتى :

١- جنى الثمار ليلا على سبيل السرقة من أرض الحائز ، لأن هذا الفعل لاينطوى على منازعة للمدعى ومن ثم لايعد تعرضا[1].

إذا كان الطاعن أسس طلباته الختامية لدى محكمة الموضوع على اعتبار دعـواه دعوى منع تعرض ولم يطلب قط من المحكمة اعتبارها دعوى اسـترداد حـيازة وفصلت فيها المحكمة على ذلك الاعتبار الأول، فلا يلتفـت لما ينعاه على الحكم مما عساه يكون قد أخطأ فيه من التقريرات الخاصـة بأحكـام دعوى استرداد الحيازة ، التى أوردتها المحكمة فى حكمهـا اسـتطرادا منها لاستيفاء البحث ، لأن كل كلام منه فى دعوى اسـترداد الحـيازة يكون غير ماس بسلامة الحكم من جهة ما قرره من الأحكام القانونية فى ذات دعوى منع التعرض التى هى دعواه ".

(طعن رقم ٣١ لسنة ٥ ق جلسة ١٩٣٥/١٢/٥)

(١) المستشار على أحمد حسن ص ١٨٤ .

٢- التعرض الشفوى بأقوال متكررة أمام الناس أو الحائز أو الجار ، طالما لم يصحب هذا الكلام عمل ولم ينشأ عنه مس حقيقى بحيازة واضع اليد (١).

وللقاضى وحده أن يقدر ما إذا كان التصرف أو العمل يعتبر نزاعا تنشأ عنه دعوى الحيازة من عدمه .

٩٨- التعرض القانونى :

التعرض القانونى هو كل إجراء قانونى- سواء تم فى مجلس القضاء أو خارجه - يوجه إلى الحائز ينطوى على ادعاء بحق فيه إنكار حيازة الحائز أو منازعة له فيها (٢).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"التعرض الذى يبيح لحائز العقار حيازة قانونية رفع دعوى منع التعرض هو الإجراء المادى أو القانونى الموجه إلى واضع اليد على أساس حق يتعارض مع حق واضع اليد " .

(طعن رقم ١١٧ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٧٩/٤/١٦)

---

(١) محكمة المنصور المختلطة فى ٦ يناير ١٩٤٣ مشار إليه فى مؤلف عبد المنعم الشرقاوى ص ١٣١ هامش ٣ .

(٢) الدكتور رمزى سيف الوسيط فى شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية الطبعة الثانية ١٩٦٩/١٩٦٨ ص ١٥٦- السنهورى ص ١٢٧٩ - المستشار على أحمد حسن ص ٨٤ وما بعدها .

ومن أمثلة ذلك مـا يأتى :

١- إرســال إعلان من المتعرض إلى الحائز بأن يزيل بعض مــا أحدثه على العقار أو يكلفه إخلاء العين أو التصرف فى العقار للغير بالبيع أو الهبة أو الرهن أو الإيجار (١). أو بالتنبيه عليه بعدم إجراء أى تعديل فى حائط بدعوى أنه مشترك بين الطرفين (٢).

٢- توجيه تنبيه بنزع الملكية .

٣- تحرير محضر ضد الحائز بمناسبة حيازته لعقار .

٤- الإنــذار الموجه إلى مستأجرى الحائز بالتنبيه عليهم بعدم دفع الأجرة للحائز .

لأنه لايشترط أن يكون هذا الإجراء موجها إلى الحائز شخصيا، بل يكفى توجيهه إلى من يحوز بالنيابة عنه (٣).

٥- رفع المدعى دعوى منع تعرض ضد الحائز يعتبر تعرضا قانونيا له في حيازته ، وبالتالى يجوز للحائز أن يرفع دعوى فرعية يطلب فيها الحكم بمنع تعرض المدعى له . ويصبح من المتعين في هــذه الحالــة علــى القاضى أن يبحث أى الخصمين أحق بالحيازة القانونــية ، أهــو المدعى رافع الدعوى الأصلية ، أم المدعى عليه رافع الدعوى الفرعية .

---

(١) محمد كامل مرسى ص ٤٤ .

(٢) محمد على عرفه ص ١٧٥ .

(٣) محمد على عرفه ص ١٧٥ – المستشار محمد عبد اللطيف ص ١٧٥ .

٦- ما يبديه المتعرض من طلبات في دعوى أخرى قائمة بينه وبين الحائز إذا تضمنت هذه الطلبات إنكارا لحقه في الحيازة .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" إن كـل مـا يوجـه إلـى واضع اليد على أساس ادعاء حق يتعارض مع حقه يصلح لأن يكون أساسا لرفع دعوى منع التعرض حـتى ولو لم يكن هناك غصب . وإذن فمتى كان الطاعن قد تدخل فـي الدعوى التى أقامها المطعون عليه الثانى على المطعون عليه الثالـث مدعـيا أن له حقـا على الأرض محل النزاع في مواجهة المطعـون عليه الأول الذى تدخل أيضا في تلك الدعوى ، فإن هذا الادعاء من الطاعن يعتبر تعرضا قانونيا للمطعون عليه الأول يجيز له رفع دعوى بمنع التعرض ، ويكون في غير محله مانعاه الطاعن على الحكم المطعون فيه من الخطأ في تطبيق القانون إذ قبل دعوى منع التعرض من المطعون عليه الأول مع انتفاء الغصب ".

(طعن رقم ٨٢ لسنة ٢٠ ق جلسة ١٩٥٢/١١/٦)

إنما لايعتبر تعرضا قانونيا للحائز ما يأتى :

١- رفع دعوى الملكية ، لأن رافع دعوى الملكية ضد واضع الـيد هـو فـي الواقع ينكر عليه حق الملكية ، ولكن لاينكر عليه الحـيازة. بل إن رفع دعوى الملكية يعد تسليما ضمنيا من المدعى بوضع يد الحائز [١].

(١) محمد كامل مرسى ص ٤٤ – المستشار محمد عبد اللطيف ص ٣٢٧ – عبد المنعم الشرقاوى ص ١٣١ .

٢- الدفـــع بطلب تقرير حق ارتفاق على عقار الجار، لأن هذا الطلـــب هو في الواقع طلب تثبيت ملكية لحق عيني متفرع من حق الملكية ، وهذا الطلب لايتعارض مع الحيازة .

٣- دعوى القسمة لأنها لاتمس حقوق الحائز .

٤- اتفـــاق اثـــنان على ترتيب حق رهن تأميني على عقار في حيازة الغير ، لأنه لا يتعارض مع حق الحائز في وضع اليد .

٥- الدعـــوى التي يطالب فيها المدعي بالتسليم استنادا إلى عقد بيع عرفي ، أو عقد إيجار .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " مـــتى كانت المطعون عليها قد أسست دعواها على عقد البيع الابتدائي الصادر لها، والذي ينقل إليها- ولو لم يكن مشهرا- جمـــيع الحقوق المتعلقة بالمبيع والدعاوى المرتبطة به بما في ذلك طلـــب نفي حق الارتفاق الذي تدعيه الطاعنة ، فإن الدعوى تكون مـــن الدعـــاوى المتعلقة بأصل الحق وليست من دعاوي الحيازة ، ويكون قضاء الحكم المطعون فيه بتسليم العين وطرد الطاعنة منها اســـتنادا إلى أن العقد العرفي يمنح المشترى الحق في استلام المبيع لأنـــه من الآثار التي تنشأ عن عقد البيع صحيحا في القانون ، ولا عـــبرة بمـــا تـــنعاه الطاعنة على الحكم المطعون فيه من أنه قضى

بتسليم العين رغم سبق القضاء به في دعوى صحة التعاقد المرفوعة على البائعة طالما أن الطاعنة لم تكن طرفا فيها ".

(طعن رقم ٥١٣ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧٣/١/٢٥)

٢- " إذ كان البين من الأوراق أن المطعون ضدهما الأول والثاني أقاما الدعوى رقم ... لسنة .... الجيزة الابتدائية بطلب الحكم بمنع تعرض الطاعن لهما في استئجارهما وانتفاعهما وحيازتهما لمحل النزاع استنادا إلى عقد استئجارهما له المؤرخ ١٩٧٦/٦/٢٠ لأحقيتهما في استئجاره ووضع اليد عليه بموجب ذلك العقد بعد صدور الحكم المستعجل بطرد الطاعن المستأجر السابق للمحل ورفض إشكاله في التنفيذ وقبل صدور الحكم في استئنافه الحكم الصادر في الإشكال والذى قضى بإلغائه ووقف تنفيذ حكم الطرد المستعجل ، فإن الدعوى بحسب هذه الطلبات وهذا الأساس تعتبر متعلقة بأصل الحق ولاتعد من دعاوى الحيازة إذ يتطلب الفصل فيها التصدى لعقدى إيجار كل من الطاعن والمطعون ضدهما وفقا للمادة ١٦ من القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ التى تحظر على المؤجر تحرير أكثر من عقد إيجار عن الوحدة الواحدة خاصة وأن الأحكام المستعجلة لاتحوز أى حجية أمام قاضى الموضوع وبعد أن قضى لصالح الطاعن بوقف تنفيذ حكم الطرد المستعجل وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وفصل في

الدعــوى باعتــبارها دعــوى حيازة فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون ".

(طعن رقم ١٨٢١ لسنة ٥٢ ق جلسة ١٩٩٠/٥/٣١)

٩٩- مالا يشترط في التعرض :

لايشــترط فــي التعرض الذى يقع من المدعى عليه في حيازة المدعى ما يأتى :

١- أن يــتحقق وقــوع ضرر للحائز ، فيكفى أن يكون الفعل متعارضــا مــع حق الحائز ، حتى ولو لم يصبه منه ضرر، فمثلا لايضـــار المـــالك من مرور الجار في أرضه ، ولكن يجوز له أن يرفع ضد الجار دعوى منع التعرض لمنعه من المرور في أرضه ، وكذلــك لايترتب على مجرد فتح مطل على أرض فضاء أى ضرر لصــاحبها ، ولكن يجوز له أن يطلب سد هذا المطل حتى لايكتسب الجار حق المطل بمضى المدة [١].

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

(أ) - " دعــوى مــنع الــتعرض تــرمى إلى حماية الحيازة ، والــتعرض الذى يصلح أساسا لرفعها يتحقق بمجرد تعكير الحيازة والمنازعة فيها ، ولايشترط في التعرض أن يكون قد ألحق ضررا بالحائز " .

---

(١) المستشار محمد عبد اللطيف ص ٣٢٥ .

(طعن رقم ١١٧٨ لسنة ٤٧ ق جلسة ١٩٨٢/١١/١٧)

(ب)- " التعرض الذى يبيح لحائز العقار-حيازة قانونية رفع دعوى منع التعرض وهو كل عمل مادى أو كل تصرف قانونى يتضمن بطريق مباشر أو بطريق غير مباشر ادعاء يتعارض مع حق واضع اليد فيكفى أن يعارض المدعى عليه حق المدعى في الحيازة ليكون هناك تعرض واقع من المدعى عليه فلا يشترط أن يكون التعرض قد ألحقا ضررا بالمدعى أو أن يكون ظاهرا أو حصل علنا وإنما يكفى أن يعلم به المدعى حتى يبدأ ميعاد السنة التى يجوز له رفع الدعوى خلالها ".

(طعن رقم ١٠٤٨ لسنة ٤٧ ق جلسة ١٩٨٢/١١/٢٨)

٢- أن تكون أعمال التعرض ظاهرة علنية ، فيجوز أن ترتكب هذه الأعمال خفية ، ثم يعلم بها المدعى بعد ذلك .

(راجع نقض طعن ١٠٤٨ لسنة ٤٧ق جلسة ١٩٨٢/١١/٢٨ سالف الذكر)

٣- أن يكون التعرض قائم على أساس حق ثابت للمدعى عليه . فإن دعوى منع التعرض تكون مقبولة ولو كان المدعى عليه يستند في تعرضه إلى حق ثابت له ، لأن دعوى منع التعرض إنما تحمى الحيازة في ذاتها متى كانت ثابتة ، بصرف النظر عمّا إذا للحائز حق يستند إليه في حيازته أو ليس هذا الحق [1].

---

(١) السنهورى ص ١٢٧٧ .

٤- أن يكـــون المدعى عليه سيء النية . فدعوى منع التعرض تكون مقبولة إذا كان المدعى عليه حسن النية يعتقد أن له حق يستند إليه في تعرضه . لأن دعوى منع التعرض تحمي الحيازة في ذاتها مـــتى كانت ثابتة كما قدمنا ، بصرف النظر عما إذا كان المتعرض سيئ النية أو حسن النية (١).

في هذا قضت محكمة النقض بأن :

"تنص المادة ٩٦١ من القانون المدنى على أنه " من حاز عقارا واســـتمر حائزا له سنة كاملة ثم وقع له تعرض في حيازته جاز له أن يرفع خلال السنة التالية دعوى بمنع هذا التعرض " ، إنما يوفر الحماية القانونية لحائز العقار من التعرض الذى يقع له ويعكر عليه حـــيازته إذا مـــا توافـــرت الشرائط التى تضمنتها هذه المادة إذ لم يستلزم القانون لإسباغ تلك الحماية على الحائز أن يكون المتعرض سيء النية " .

(طعن رقم ٥٢٤ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٧٨/١/١٠)

١٠٠ـ التعرض الحاصل بتنفيذ حكم قضائى :

راجع بند (٧٥) .

---

(١) السنهورى ص ١٢٧٧ .

١٠١- دعوى سد المطلات التى أقيمت دون المسافة القانونية متعلقة بأصل الحق :

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

إذ كانت العبرة في تكييف الدعوى- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- بحقيقة المقصود منها وفق الطلبات فيها وما يطرح واقعا لها وكانت الطاعنتان قد أقامتا الدعوى بطلب الحكم بسد المطلات التى فتحها المطعون ضدهما في بنائهما المجاور لعقار الطاعنتين على سند من أن فتح هذه المطلات دون مراعاة قيد المسافة يمثل اعتداء على ملكهما ، فإن التكييف الصحيح لهذه الدعوى يكون باعتبارها دعوى سد مطلات تتعلق بأصل الحق، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر بأن اعتبر الدعوى من دعاوى منع التعرض التى يوجب القانون رفعها خلال سنة من تاريخ وقوع التعرض باعتبارها من دعاوى الحيازة ورتب على تجاوز هذا الموعد في رفع الدعوى قضاءه بعدم قبولها لرفعها بعد الميعاد فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه .

(طعن رقم ١٨٦٣ لسنة ٩٥ ق جلسة ١٩٩٣/١١/١٨)

١٠٢- لواضع اليد على الشيوع رفع دعوى استرداد الحيازة :

(راجع بند ١٦) .

١٠٣ ـ التعرض المستند إلى قرار إدارى لا يصلح أساسا لرفع دعوى منع التعـرض :

(راجع بند ٧٦) .

١٠٤ـ سـلطة المحكمـة في اعتـبار دعوى منع التعرض دعوى استرداد حيازة :

(راجع بند ٨٣) .

الشرط الرابع
رفع دعوى منع التعرض خلال سنة
من بدء التعرض

١٠٥ ـ مضمون الشرط :

تنص المادة ٩٦١ على هذا الميعاد بقولها : " من حاز .... جاز له أن يرفع خلال السنة التالية دعوى بمنع التعرض " .

فقد حدد المشرع لرفع دعوى منع التعرض ميعادا هو سنة من تاريخ حصول التعرض ، كما فعل بالنسبة لدعوى استرداد الحيازة وقد تناولنا هذا الميعاد تفصيلا في دعوى استرداد الحيازة ، فنحيل إليه في ذلك .

(راجع بند ٧٧) .

١٠٦ـ بدء الميعاد في حالة تعدد أفعال التعرض على الحيازة :

إذا تعددت أفعال التعرض على الحيازة وتتابعت ، وصدرت من شخص واحد ، فإن ميعاد السنة يبدأ احتسابه من تاريخ حصول أول عمل من أعمال التعرض .

أما إذا تعددت أعمال التعرض وتباعدت واستقل بعضها عن بعض أو صدرت عن أشخاص مختلفين فكل عمل من هذه الأعمال يعتبر تعرضا للمدعى في حيازته قائما بذاته وتتعدد فيها دعاوى منع التعرض بتعدد هذه الأعمال أو الأشخاص الصادرة عنهم ،

وتحتسب مدة السنة بالنسبة لكل دعوى من تاريخ وقوع التعرض الذى انشأ هذه الدعوى [1].

وقد هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " إذا تعددت أعمال التعرض وتباعدت واستقل بعضها عن بعض أو صدرت عن أشخاص مختلفين فكل عمل من هذه الأعمال يعتبر تعرضا قائما بذاته وتتعدد فيها دعاوى منع التعرض بتعدد هذه الأعمال أو الأشخاص الصادرة عنهم ، وتحتسب مدة السنة بالنسبة لكل دعوى من تاريخ وقوع التعرض الذى أنشأ هذه الدعوى . لما كان ذلك ، وكان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أنه صدرت عن المطعون ضدها الأولى أعمال تعرض لحيازة الطاعن تتابعت بتقديم الشكوى رقم ١٧٥١ لسنة ١٩٧٠ إدارى الخليفة ، وإقامة الدعوى رقم ١٧٦٨ لسنة ١٩٧٠ مستعجل القاهرة ، وقد انتهت هذه الأعمال بصدور حكم استئنائى في ١٩٧٠/٥/٣١ بعدم اختصاص القضاء المستعجل بنظر الدعوى ، ثم عادت المطعون ضدها الأولى بعد قرابة عام وقدمت شكوى إلى المطعون ضدهما الثانى والثالث اللذين قاما بإجراء تصحيح في ١٩٧١/٥/١٨ وذلك بالتأشير على هامش عقد شراء الطاعن لعقار النزاع بما يفيد أن

---

(١) المستشار على أحمد حسن ص ١٨٧ وما بعدها .

حقيقــية مساحته هى ٢٢٥ مترا مربعا وليست ٢٦٥,٥ مترا مربعا وكان هذا الإجراء يتضمن اعتداء جديدا على حيازة الطاعن فيما لو ثبــت توافر شروطها – وينشئ له حقا في رفع دعوى منع تعرض مخــتلفة عن تلك التى نشأت عن الأعمال السابقة ويبدأ احتساب مدة الســنة المقررة لرفعها من تاريخ حــدوث هذا التعرض الجديد في ١٩٧١/٥/١٨ . وإذ أقــام الطاعن دعواه بمنع التعرض في غضون شهر فبراير سنة ١٩٧٢ فإنه يكون أقامها في الميعاد القانونى" .

(طعن رقم ١١٧ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٧٩/٤/١٦)

٢– " إذا تتابعت أعمال التعرض وترابطت وكانت صادرة من شــخص واحــد فإنها تنشئ حالة اعتداء مستمرة يبدأ معها احتساب مــدة الســنة من تاريخ وقوع أول عمل في هذه الأعمال يظهر منه بوضوح أنه يتضمن اعتداء على الحيازة " .

(طعن رقم ١٠٤٨ لسنة ٤٧ ق جلسة ١٩٨٢/١١/٢٨)

١٠٧ـ كيفية احتساب الميعــاد :

راجع بند (٧٨) .

١٠٨ـ طبيعة ميعاد السنة :

راجع بند (٧٩) .

١٠٩ـ ميعاد السنة يتعلق بالنظام العام :

راجع بند (٨٠) .

١١٠- كيفية رفع الدعوى :

راجع بند (٨١) .

١١١- رفع الدعوى إلى محكمة غير مختصة :

راجع بند (٨٢) .

١١٢- سلطة المحكمة في اعتبار دعوى استرداد الحيازة دعوى منع تعرض :

لاتثريب على المحكمة أثناء نظر دعوى استرداد الحيازة أن تعتبرها دعوى منع تعرض ، وتحكم فيها على هذا الأساس متى تبينت توافر شروطها ، إذ أنه لاتنافر ولا تعارض بين دعوى استرداد الحيازة ودعوى منع التعرض لأن أساسهما واحد .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" يكفي في دعوى استرداد الحيازة أن تكون للمدعى حيازة واقعية هادئة ظاهرة ، وأن يقع سلب تلك الحيازة بالقوة والإكراه ، فإذا استظهرت المحكمة قيام هذه العناصر في الدعوى المرفوعة على أنها دعوى منع تعرض فاعتبرتها دعوى استرداد حيازة وحكمت فيها على هذا الاعتبار فإنها لا تكون قد أخطأت " .

(طعن رقم ١٠٨ لسنة ١٣ ق جلسة ١٩٤٤/٥/٤)

١١٣ـ عدم اختصاص القضاء المستعجل بدعوى منع التعرض :

لايختص قاضى الأمور المستعجلة بالفصل في دعوى منع التعرض ، فهى دعوى موضوعية بحتة لأن من واجب القاضى عند الفصل فيها أن يبحث طبيعة وضع اليد وشروطه وصفاته وسببه، كما أن عليه أن يبحث ماهية التعرض وتاريخ نشوئه وحقوق المتعرض على العقار موضوع النزاع ، وله عند التأكد من حصول التعرض أن يقضى بإزالة المنشآت التى أقامها المتعرض على العقار، والبحث في هذه الأمور جميعها يخرج عن اختصاص القضاء المستعجل ، لأنه لايبقى بعد الفصل فيها نزاع موضوعى بين الطرفين في خصوص وضع اليد يصلح عرضه على القضاء(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" لا ولاية للقضاء المستعجل في الفصل في دعوى منع التعرض لأن الحكم فيها يمس حتما الحق موضوع النزاع إذ يجب للفصل فيها التحقق من توافر شروط وضع اليد التى تخول المدعى رفع الدعوى المذكورة وحقوق المتعرض على العقار موضوع

---

(١) المستشار محمد عبد اللطيف القضاء المستعجل ص ٢٤٠- راتب وآخرين ص ٨٦٧ - الدناصورى وعكاز ص ٣٧٥ .

النزاع بحيث لايبقى بعد الفصل فيها نزاع موضوعى بين الطرفين في خصوص وضع اليد يصح عرضه على القضاء " .

(طعن رقم ١٢٧ لسنة ٢٢ ق جلسة ١٩٥٤/٦/٢٤)

١١٤ـ ما يحكم به في دعوى منع التعرض :

إذا توافرت شروط دعوى منع التعرض ، فإن القاضى يحكم بمنع تعرض المدعى عليه للمدعى في حيازته ، حتى لو ثبت له أن أعمال التعرض قد انقطعت قبل رفع الدعوى .

ويستتبع ذلك القضاء بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه أى إزالة الآثار المترتبة على التعرض للحيازة . كرد الحيازة إذا كان المدعى عليه قد سلبها أو إزالة الأعمال التى أقامها المدعى عليه، سواء كانت أعمال التعرض قد تمت في عقار المدعى ، أو في عقار المدعى عليه ، أو في عقار الغير .

ولايعتبر ذلك قضاء في أصل الحق لأن الإزالة هى من قبيل إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل حصول التعرض [١].

ولايحول دون القضاء بمنع التعرض وما ترتب عليه من آثار أن يكون هناك ما يدعو إلى فوز المدعى عليه في دعوى الملكية أو

---

(١) السنهورى ص ١٢٨٩ وما بعدها – المستشار محمد عبد اللطيف في التقادم ص ٣٣٢ .

دعـوى موضوع الحق ، لأن قاضى الحيازة لا شأن له بالملكية أو أصل الحق ولايجوز الجمع بين الحيازة والملكية كما سنرى .

غـير أنـه يجوز للقاضى في هذه الحالة أن يمنح المدعى عليه أجـلا يوقف فيه تنفيذ حكم الإزالة أو إعادة الشيء إلى أصله بشرط أن يرفع المدعى عليه دعوى الملكية أو دعوى موضوع الحق في خلال هذا الأجل [1].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إذا كـان الحكـم قد قضى بمنع تعرض المدعى عليه في الطريق موضوع النزاع وكذلك بإزالة البناء الذى أقامه فيه المدعى علـيه إذا لم يرفع في خلال أجل معين دعوى بملكيته للطريق ونفى حـق ارتفـاق المـرور عليه للمدعى فإن هذا الحكم لايجعل تنفيذ الإزالـة مرهونا بنتيجة الفصل في دعوى الحق بل يجعل مرهونا بأمـر آخر منقطع الصلة بتلك النتيجة وهو قيام المدعى عليه برفع الدعوى بالحق خلال أجل معين وليس في هذا القضاء مخالفة لنص الفقـرة الثانـية من المادة ٤٨ مرافعات . ذلك أنه وإن كانت ولاية قاضـى الحـيازة " في دعوى منع التعرض " تتسع لإزالة الأفعال المادية التى يجريها المدعى عليه باعتبار أن قضاءه في هذه الحالة

---

(١) السـنهورى ص١٢٩٢- المستشـار محمـد عبـد اللطيف ص ٣٣٢- عبد المنعم الشرقاوى ص ١٣٨ .

هــو من قبيل إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل حصول التعرض إلا أن له فـــي هذا الخصوص أن يقدر موجبات الإزالة فيقضى بها أو يقرن قضاءه في خصوصها بأجل يحدده للمدعى عليه ليرفع في خلاله الدعوى بالحق " .

(طعن رقم ٤٠ لسنة ٢٤ ق جلسة ١٩٥٨/٢/٢٠)

٢- " ولايـــة قاضى الحيازة في دعوى منع التعرض- على ما جـــرى به قضاء محكمة النقض – تتسع لإزالة الأفعال المادية التى يجـــريها المدعـــى عليه باعتبار أن القضاء بها هو من قبيل إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل حصول التعرض " .

(طعن رقم ٢٥٨ لسنة ٣٢ ق جلسة ١٩٦٧/٢/٧)

٣- " الحكـــم فـــي دعوى منع التعرض إنما يقوم على أسباب مســـتمدة مـــن الحـــيازة ذاتها . ولما كانت ولاية القاضى في هذه الدعوى تتسع لإزالة الأفعال المادية التى يجريها المتعرض باعتبار أن قضـــاءه بذلـــك هو من قبيل إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل حصـــول الـــتعرض ، وهو ما التزمه الحكم الابتدائى المؤيد بالحكم المطعـــون فـــيه ، فلا محل للنعى عليه بعدم تطبيق المادتين ٩٢٥، ٩٢٦ مـــن القـــانون المدنى ، إذ أن أحكامهما تخرج عن نطاق هذه الدعوى ".

(طعن رقم ٥٢٤ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٧٨/١/١٠)

٤- " تتســع ولايــة قاضى الحيازة في دعوى منع التعرض لإزالة الأعمال المادية التى يجريها المدعى عليه في هذا النوع من القضايا ، باعتبار أن القضاء بها من قبيل إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل حصول التعرض " .

(طعن رقم ٦٦٥ لسنة ٤٧ ق جلسة ١٩٨١/١/٢٧)

٥- " مــن المقــرر فــي قضاء هذه المحكمة أن ولاية قاضى الحــيازة تتسع لإزالة الأفعال المادية التى يجريها المدعى عليه في هذا النوع من القضايا باعتبار أن القضاء بها من قبيل إعادة الحالة إلــى ما كانت عليه ومن حق الحائز لمدة لاتقل عن سنة أن يطلب إعــادة العقار إلى أصله بطلب إزالة ما يحدثه المتعرض من تغيير سواء بإزالة ما يقيمه من مبان أو بإعادة ما يهدمه منها " .

(طعن رقم ١٥٣٢ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٤/١١/٢٥)

وللقاضــى – طــبقا للقواعــد العامة– القضاء بغرامة تهديدية لإجبار المدعى عليه على تنفيذ حكمه .

أمــا إذا كــان التعرض بإجراء قانونى ، فيكون الحكم بمجرد التقرير بالحيازة للمدعى [1].

---

(١) عبد المنعم الشرقاوى ص ١٣٨ .

١١٥ـ الدعوى الفرعية التى ترفع من المدعى عليه :

إذا أقام المدعى عليه دعوى فرعية حال نظر دعوى منع التعرض بادعاء أنه الحائز للعقار محل الدعوى ، وطلب رفض الدعوى ، نظر القاضي فيما إذا كانت حيازة المدعى عليه لاتتعارض مع حيازة المدعى ، وفى هذه الحالة يحكم لكل منهما باستبقائه لحيازته وعدم تعرض الخصم الآخر له في هذه الحيازة.

أما إذا تعارضت الحيازتان ولم يكن هناك وجه لتفضيل إحداهما على الأخرى جاز للقاضى أن يحكم ببقاء الحيازة مشتركة بين الخصمين .

ويجوز له أيضا إذا لم ير بقاء الحيازة مشتركة بين الخصمين، أن يحكم بأن يلجأ الخصمان إلى دعوى الملكية أو دعوى موضوع الحق. وقد يقيم في هذه الحالة الأخيرة حارسا على العقار المتنازع على حيازته . أو يقيم أحد الخصمين حارسا على العقار على أن يقدم حسابا عن غلته عند الاقتضاء . فيكون لهذا الخصم حراسة مؤقتة مقترنة بالتزامه بتقديم حساب عن الغلة [١].

١١٦ـ التعويض عن التعدى على الحيازة :

يمكن التعويض عن التعدى على الحيازة إذا سبب ضررا للحائز ، ويجوز طلب التعويض بالتبعية لدعوى منع التعرض، مع

---

(١) السنهورى ص ١٢٩٢ وما بعدها .

مــراعاة قواعــد الاختصاص القيمى . فالمحكمة الابتدائية تختص بطلــب الــتعويض المرفوع أمامها تبعا لدعوى الحيازة مهما تكن قيمــته ، بينما لاتختص به المحكمة الجزئية إلا إذا كان يدخل في حدود نصابها (١).

---

(١) أحمد أبو الوفا ص ١٥٧ .

مــادة (٩٦٢)

١- مــن حــاز عقــارا واستمر حائزا له سنة كاملة وخشى لأســباب معقولة التعرض له من جراء أعمال جديدة تهدد حيازته كان له أن يرفع الأمر إلى القاضى طالبا وقف هذه الأعمال، بشرط ألا تكــون قد تمت ولم ينقض عام على البدء في العمل الذى يكون من شأنه أن يحدث الضرر .

٢- وللقاضــى أن يمــنع اســتمرار الأعمال أو أن يأذن في استمرارها ، وفى كلتا الحالتين يجوز للقاضى أن يأمر بتقديم كفالة مناسبة تكون في حالة الحكم بوقف الأعمال ضمانا لإصلاح الضرر الناشــئ من هذا الوقف متى تبين بحكم نهائى أن الاعتراض على اســتمرارها كــان علــى غــير أســاس ، وتكون في حالة الحكم باســتمرار الأعمــال ضــمانا لإزالة هذه الأعمال كلها أو بعضها إصــلاحا للضرر الذى يصيب الحائز إذا حصل على حكم نهائى في مصلحته .

الشــــرح

(الدعوى الثالثة)

(دعوى وقف الأعمال الجديدة)

١١٧- تعريف :

دعــوى وقف الأعمال الجديدة ، هى الدعوى التى يرفعها حائز العقــار أو الحائــز لحق عينى عليه ضد من شرع في عمل لو تم

لأصبح تعرضا للحائز في حيازته ، فالغرض من الدعوى ليس منع تعرض وقع بالفعل وإنما تفادى التعرض قبل حصوله ، ولذلك قيل بحق إن هذه الدعوى دعوى وقائية action préventive المصلحة فـيها ليسـت مصلحة قائمة وإنما محتملة فقط ، ومثلها حالة ما إذا شـرع جار في بناء حائط في ملكه لو تم لترتب عليه سد النور عن مطـل في عقار جاره ، فيرفع الحائز للعقار الذى فيه المطل دعوى على جاره بطلب وقف البناء [1].

١١٨ـ شروط دعوى وقف الأعمال الجديدة :

يشـترط لقـبول دعـوى وقف الأعمال الجديدة توافر الشروط الآتية :

الشرط الأول :

١- أن يكـون المدعى حائزا لعقار حيازة قانونية . أى حيازة يجـتمع لهـا العنصـران المادى والمعنوى. فلا تقبل دعوى وقف الأعمال الجديدة من الحائز العرضى ، أى الذى يحوز العقار حيازة مادية فقط .

ويسـرى علـى شرط الحيازة القانونية كافة ما ذكرناه بالنسبة للحيازة فى دعوى منع التعرض فنحيل إليه فى ذلك .

راجع بند (٩٣) .

---

(١) محمد كامل مرسى ص ٤٧ – رمزى سيف ص ١٥٩ .

الشرط الثانى :

أن تســتمر الحيازة لمدة سنة كاملة قبل البدء فى العمل المراد وقفه .

ويســرى علــى هذا الشرط ما ذكرناه بالنسبة لمثيله فى دعوى منع التعرض ، ومن إجازة طلب ضم مدة حيازة السلف إلى الخلف. راجع بند (٩٥) .

الشرط الثالث :

أن تــرفع دعــوى وقف الأعمال الجديدة خلال سنة من تاريخ البدء فى العمل المراد وقفه :

حدد النص ميعادا لرفع دعوى وقف الأعمال الجديدة فى خلال ســنة مــن تــاريخ البدء فى العمل الذى يكون من شأنه أن يحدث الضــرر. فإذا انقضت سنة على تاريخ البدء فى هذا العمل ، كانت الدعوى غير مقبولة .

كما لاتقبل الدعوى إذا تم العمل ومضت على تمامه سنة . لأنه بــتمام العمل نصبح فى مواجهة تعرض بالفعل وتكون وسيلة حماية الحــيازة حينئذ هى رفع دعوى منع التعرض خلال سنة من تاريخ تمام العمل [١].

---

(١) رمزى سيف ص ١٦٠ – أحمد الصاوى ص ٢٢١ .

١١٩- كيفية احتساب مدة السنة :

راجع بند (٧٨) .

١٢٠- طبيعة ميعاد السنــة :

راجع بند (٧٩) .

١٢١- ميعاد السنة يتعلق بالنظام العام :

راجع بند (٨٠) .

١٢٢- كيفية رفع الدعوى :

راجع بند (٨١) .

١٢٣- رفع الدعوى إلى محكمة غير مختصة :

راجع بند (٨٢) .

الشرط الرابع :

أن يــبدأ المدعــى علــيه أعمــالا لم تصل بعد إلى أن تكون تعرضا :

عبرت عن هذا الشرط الفقرة الأولى من المادة بقولها : "وخشى لأسباب معقولة التعرض له من جراء أعمال جديدة تهدد حيازته " .

والمــراد بهذه الأعمال كل عمل يتضمن إنشاء أو إزالة يترتب علــى تمامــه المساس بصالح واضع اليد وحرمانه من فائدة مقررة قانونا أو اتفاقا .

ويجـــب أن يكون المدعى عليه قد شرع فيها فعلا أو أن يكون على وشك القيام بها [١].

وعلـــى ذلـــك لاتقبل دعوى وقف الأعمال الجديدة إذا كان هذا الصـــالح لـــم ينـــتج عـــن مركز قانونى أو اتفاقى ، بل كان مجرد التســـامح . وتفـــريعا على ذلك لايجوز لواضع اليد أن يطلب وقف بـــناء سور أقامه الجار على أرض مملوكة له كان يستعملها واضع الـــيد كممر بإذن من مالك الأرض على سبيل التسامح ، كما لايقبل مـــن واضـــع اليد دعوى وقف بناء حائط يقيمه الجار على ملكه قد يؤدى إلى سد المناور التى كان فتحها واضع اليد على أرض الجار والـــتى لم يعترض هذا الأخير على فتحها على أرضه تسامحا منه وحفظا لعلاقات حسن الجوار [٢].

أمـــا إذا كانت الأعمال قد تمت بالفعل فإنها تعتبر اعتداء مباشر على الحيازة ، وسبيل ذلك هو رفع دعوى منع التعرض .

وعلـــى ذلـــك إذا بدأ المالك فى فتح مطل على أقل من المسافة القانونـــية كان لجاره أن يطلب وقف هذا العمل الجديد . أما إذا كان المطل قد فتح فعلا ، فيبدأ من هذا التاريخ حقه فى رفع دعوى منع التعرض .

---

(١) عبد المنعم الشرقاوى ص ١٣٢ .

(٢) المستشار محمد عبد اللطيف ص ٣٣٦ ومابعدها .

وإذا كان لشخص مطل على ملك جاره ، ثم بدأ الجار فى إقامة حـــائط تجـــاه المطـــل ، كان لصاحب المطل أن يرفع دعوى وقف الأعمـــال الجديدة ، أما إذا ارتفع الجار بالحائط حتى حجب المطل فعـــلا ، كان عليه أن يدفع هذا العدوان بدعوى منع التعرض ، إذ أن دعوى وقف الأعمال الجديدة لا تكون مقبولة فى هذه الحالة [1].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" دعـــوى وقف الأعمال الجديدة : وهى كذلك لاتعطى إلا لمن بقيـــت حيازته سنة كاملة ، وموضوع الدعوى ليس هو تعرضا تم، بـــل أعمالا لو تمت لكان فيها تعرض للحيازة ، كما إذا بدأ شخص بناء حائط لو تم لسد النور على مطل للجار ، فيرفع الجار دعوى وقـــف الأعمـــال الجديدة بشرط ألا يكون قد مضى عام على العمل الـــذى بـــدأ ، وبشـــرط ألا يكون العمل قد تم ، فإن تم العمل كانت الدعـــوى الـــتى تـــرفع هى دعوى منع التعرض ، فإذا ما استوفت دعوى وقف الأعمال الجديدة شروطها ...... إلخ " .

١٢٤ـ وقـــوع العمـــل الـــذى يقـــوم به المدعى عليه على غير عقار الحائز :

ذكـــرنا سلفا أن فى دعوى وقف الأعمال الجديدة لا يكون ثمة تعرض ، وإنما شروع فى عمل لو تم لأصبح تعرضا . ويبنى على

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ٢ ص ٤٧٩.

ذلــك نتــيجة هامة ، وهى أنه فى دعوى وقف الأعمال الجديدة يقع العمل سبب الدعوى على غير عقار الحائز لأنه إن وقع على عقار الحائز لكان تعرضا.

أما فى دعوى منع التعرض فإن العمل قد يقع على عقار الحائز وقد يقع على غيره [١].

أمــا إذا كان العمل قد وقع فى عقار الغير برضائه أو متواطئا مع المدعى عليه ، جاز رفع دعوى وقف الأعمال الجديدة [٢].

الشرط الخامس :

وجــود أســباب معقولــة تدعو للاعتقاد إلى أنه لو تمت هذه الأعمال نجم عنها تعرض فعلى لحيازة المدعى .

يشترط أن تكون هناك أسباب معقولة تدعو للاعتقاد إلى أنه لو تمــت الأعمــال التى يجريها المدعى عليه لنجم عنها تعرض فعلى لحيازة المدعى .

فيجــب أن تكون هذه الأعمال مؤدية إلى التعرض للحيازة فى ذاتهــا لا إلى مجرد الإضرار بالحائز . لأن فى هذه الحالة الأخيرة تكون بصدد دعوى تعويض عادية لا دعوى منع تعرض ولا وقف أعمال جديدة [٣].

---

(١) رمزى سيف ص ١٦٠.

(٢) السنهورى ص ١٢٩٨ .

(٣) عبد المنعم الشروقاى ص ١٣٢.

وهذه مسألة واقع يقدرها قاضى الموضوع ، ويستعين فى ذلك بالمعاينة وقد يستعين برأى الخبراء [١].

١٢٥ـ سلطة المحكمة فى اعتبار دعوى منع التعرض دعوى وقف أعمال جديدة :

لاتثريب على المحكمة أثناء نظر دعوى منع التعرض أن تعتبرها دعوى وقف أعمال جديدة ، وتحكم فيها على هذا الأساس متى تبينت توافر شروطها إذا أنه لاتنافر بين الدعويين لأن أساسهما واحد .

راجع قضاء محكمة النقض فى بندى (٨٣ ، ١٠٤) .

١٢٦ـ ما يقضى به فى دعوى وقف الأعمال الجديدة :

١- إذا رأى القاضى أن شروط دعوى وقف الأعمال الجديدة متوافرة فإنه يقضى بوقف الأعمال وعدم الاستمرار فيها . ويظل هذا القضاء قائما حتى ترفع دعوى الملكية أو دعوى موضوع الحق ويقضى فيها بحكم نهائى .

وفى هذه الحالة يجوز للقاضى أن يأمر المدعى الذى قضى لصالحه بتقديم كفالة مناسبة تودع قلم الكتاب تكون ضمانا للمدعى عليه الذى قضى ضده فى الدعوى . فإذا ما قضى بحكم نهائى فى دعوى الملكية أو دعوى موضوع الحق ، بأن المدعى عليه كان هو

---

(١) السنهورى ص ١٢٩٧ .

المحــق، وأن اعتراض المدعى على استمرار الأعمال الجديدة كان علـــى غــير أساس من حيث موضوع الحق لا من حيث الحيازة ، جــاز الحكــم على المدعى بتعويض لإصلاح الضرر الذى أصاب المدعـــى علــيه من جراء وقف الأعمال. وعندئذ تكون الكفالة التى قدمها المدعى بناء على حكم قاضى الحيازة ضمانا لهذا التعويض.

٢- إذا رأى القاضـــى أن شــروط دعوى وقف الأعمال غير مــتوافرة ، فيقضى فى هذه الحالة برفض الدعوى ، فيكون للمدعى علــيه الاســتمرار فى الأعمال الجديدة التى بدأها إلى ترفع دعوى الملكية أو دعوى موضوع الحق ويفصل فيها بحكم نهائى .

و يجــوز للقاضـــى أن يأمر المدعى عليه بتقديم كفالة مناسبة تكـــون ضـــمانا للمدعى الذى قضى برفض دعواه . فإذا ما قضى بحكـــم نهائى ، فى دعوى الملكية أو دعوى موضوع الحق ، بأن المدعى كان هو المحق وأن اعتراضه على مضى المدعى عليه فى الأعمـــال الجديـــدة كان على أساس من حيث موضوع الحق لا من حيث الحيازة ، جاز أن يحكم على المدعى عليه بإزالة هذه الأعمال كلها أو بعضها . وعندئذ تكون الكفالة التى قدمها المدعى عليه بناء على حكم القاضى ضمانا لهذه الإزالة [١].

---

(١) الســنهورى ص ١٣٠٠- الدكتور أحمد هندى قانون المرافعات المدنية والــتجارية – النظام القضائى والاختصاص والدعوى ١٩٩٥ ص ٥٦٧ وما بعدها .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى بأنه :

" فإذا ما استوفت دعوى وقف الأعمال الجديدة شروطها ورفعت فى الميعاد ، كان للقاضى حسب تقديره أن يمنع استمرار الأعمال أو أن يأذن فى استمرارها بكفالة فى الحالتين ، فتكون الكفالة فى الحالة الأولى لضمان التعويض ، فيما إذا تبين فى دعوى الموضوع أن الأعمال التى قد وقفت كان ينبغى أن تستمر ، وفى الحالة الثانية لضمان التعويض فيما إذا تبين أن الأعمال التى أذن فى استمرارها كان ينبغى أن توقف." [١].

١٢٧ـ هل يختص القاضى المستعجل بدعوى وقف الأعمال الجديدة ؟

يختص القاضى المستعجل بنظر وقف الأعمال الجديدة ، لا باعتبار أنه يفصل فى دعوى حيازة هى دعوى وقف الأعمال الجديدة . وإنما باعتبار ذلك إجراء مستعجل درءا للخطر الذى لايمكن تداركه أو يخشى استفحاله عند إتمام الأعمال المذكورة ، وذلك إذا توافر فى الطلب شرط عدم المساس بالموضوع [٢].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٦ ص ٤٧٩ ومابعدها .

(٢) المستشار محمد عبد اللطيف فى القضاء المستعجل ص ٢٣٩ ومابعدها- الدناصورى وعكاز ص ٣٧٧ ومابعدها .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" دعوى وقف الأعمال الجديدة التى تعد من دعاوى وضع اليد ويــرفع الاستئناف عن الحكم الصادر فيها لمحكمة الاستئناف طبقا للمــادة الخامســة مــن القانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٥٩ بشأن السلطة القضائية هى الدعوى التى يكون سببها وضع اليد على عقار أو حق عيــنى عقارى وموضوعها حماية اليد من تعرض يهددها ومقتضى الفصــل فــيها ثــبوت الحــيازة القانونية وتوافر أركانها والشروط اللازمة لحمايتها . وتختلف هذه الدعوى عن الطلب المستعجل الذى يــرفع إلى قاضى الأمور المستعجلة بوصفه كذلك ويقضى فيه على هــذا الأســاس إذ مناط اختصاصه بنظر هذا الطلب أن يقوم على توافــر الخطــر والاستعجال الذى يبرر تدخله لإصدار قرار وقتى يــراد بــه رد عدوان يبدو للوهلة الأولى أنه بغير حق ومنع خطر لايمكن تداركه أو يخشى استفحاله إذا ما فات عليه الوقت ، والحكم الــذى يصدره القاضى المستعجل فى هذا الشأن هو قضاء بإجراء وقــتى لايمــس أصل الحق مما يرفع الاستئناف عنه أمام المحكمة الابتدائية طبقا للمادة ٥١ من قانون المرافعات " .

(طعن رقم ٢٠٣ لسنة ٣١ ق جلسة ١٩٦٦/١/١٨) [1]

---

(١) قــارن راتب وآخرين ص ٨٦٩ وما بعدها – المستشار مصطفى هرجه الجديــد فــى القضــاء المستعجل الطبعة الثانية مايو ١٩٨٢ ص ٣٥٦ ومابعدهــا ، فيرون أن دعوى وقف الأعمال الجديدة من دعاوى الحيازة

ويترتب على ذلك أن القاضى المستعجل يجوز له القضاء بوقف الأعمـال الجديـدة ، ولكـن لايختص بإزالة ما تم من أعمال ، إذ ينطوى ذلك على مساس بأصل الحق . فإذا طلب المدعى مثلا وقف الأعمـال الجديد وإزالة ما تم منها ، فإن القاضى المستعجل يقضى بإجابة الشق الأول متى تكاملت عناصره ، وبعدم اختصاصه بنظر الشق الثانى [١].

المنصـوص عليها فى القانون المدنى ، ولكن تنظر بصفة مستعجلة إذا توافر فيها شرطا الاستعجال وعدم المساس بأصل الحق .

(١) ويذهب البعض إلى أن الأمر قد يدق على القاضى المستعجل فى بعض الحـالات إلـى حد لا يستطيع معه القطع بأن العمل الجديد سيهدد حق المدعى أو حيازته عند تمامه ، كما لو أبدى المدعى أسبابا فنية تفيد فى ظاهرها أنه سيترتب مثلا على الاستمرار فى أعمال الهدم التى يباشرها المدعى عليه على عقاره أن يصبح عقار المدعى مهددا بخطر السقوط، وأقـام المدعـى عليه من الأدلة المعقولة ما يفيد أنه اتخذ جميع الوسائل التحفظـية للمحافظـة على عقار المدعى وأن ترقب حصول أى ضرر علـى هـذا العقار بسبب أعمال الهدم بعيد الاحتمـال ، ففى هذه الحالة يتعيـن على القاضى المستعجل أن يراعى مصلحة الطرفين وذلك على البيان الآتى :

(١) إذ تبيـن له حسب تقديره الوقتى أن يقضى بوقف هذه الأعمال فإن عليه أن يأمر المدعى بتقديم كفالة مناسبة تكون ضمانا للمدعى عليه إذا قضت محكمة الموضوع نهائيا بالاستمرار فى الأعمال . فتصبح الكفالة ضـامنة لتعويض الضرر الذى تقدره المحكمة بسبب ما أصاب المدعى عليه من وقف الأعمال .

ولا مجال إذن للقول هنا بوجوب التقيد بقاعدة عدم جواز الجمع بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية . فيستطيع المدعى الذى يلجأ إلى القضاء المستعجل أن يرفع دعوى بأصل الحق أمام قاضى الموضوع .

---

(٢) إذا تبين للقاضى أن يأذن باستمرار السير فى هذه الأعمال فإن عليه أن يأمر المدعى عليه بتقديم كفالة مناسبة تكون ضمانا للمدعى إذا قضت محكمة الموضوع بوقف الأعمال ، فتصبح الكفالة ضامنة لتعويض الضرر الذى تقدره محكمة الموضوع بسبب ما أصاب المدعى من الاستمرار فى الأعمال (المستشار محمد عبد اللطيف ص ٢٣٩) .

أحكام عامة تسرى على كافـة دعاوى الحيـازة
(الحكم الأول)
عدم جواز الجمع بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية

١٢٨ـ النص القانونى :
المادة ٤٤ من قانون المرافعات :

" لايجـوز أن يجمـع المدعـى فى دعوى الحيازة بينها وبين المطالبة بالحق وإلا سقط ادعاؤه بالحيازة .

ولا يجـوز أن يدفع المدعى عليه دعوى الحيازة بالاستناد إلى الحـق، ولاتقبل دعواه بالحق قبل الفصل فى دعوى الحيازة وتنفيذ الحكم الذى يصدر فيها إلا إذا تخلى بالفعل عن الحيازة لخصمه .

وكذلـك لايجـوز الحكم فى دعاوى الحيازة على أساس ثبوت الحق أو نفيه " .

١٢٩ـ حكمـة قاعدة عدم الجمع بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية :

يقرر نص المادة ٤٤ مرافعات التطبيقات المسلم بها فى القانون الفرنسى الحديث والقديم والقانون المصرى القديم لقاعدة عدم جواز الجمع بين دعوى الحيازة ودعوى المطالبة بالحق.

وهـذه التطبـيقات هى التى تتوافر فيها حكمة القاعدة ، أما ما عداهـا مـن التطبيقات التى لاتتوافر فيها الحكمة والتى هى محل خلاف فى فرنسا ، فلم يتعرض لها المشرع .

فالغــرض المقصود من هذه القاعدة هو استكمال حماية الحيازة لذاتها مجردة عن أصل الحق ، لأن تعرض القاضى لأصل الحق قد يؤدى إلى حكم على الحائز رغم ثبوت حيازته ، اعتمادا على ملكية خصــمه ، وهــذا يتــنافى مع تحقيق الغرض المقصود من دعاوى الحــيازة ، وهو رد الاعتداء وإعادة الخصوم إلى مركزهم السابق قبل إثارة النزاع على أصل الحق [1].

والمقصود بدعوى أصل الحق هنا هو دعوى الملكية أو أى حق آخر متفرع عنها .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" المقصــود بدعوى أصل الحق – فى هذا المجال– هو دعوى الملكية أو أى حق آخر متفرع منها " .

(طعن رقم ٨٥٢ لسنة ٦١ ق جلسة ١٩٩٥/١١/٩)

والجمــع بيــن دعوى الحيازة ودعوى الحق قد يأتى من جانب مدعــى الحيازة فيما يبديه من طلبات ، وقد يأتى من جانب المدعى علــيه فيما يبديه من دفوع فى دعوى الحيازة ، وقد يأتى من جانب القاضى فى حكمه فى الحيازة ، فالجمع بين الدعويين قد يكون طلبا أو دفعا أو حكما .

ونعرض للحالات الثلاث المذكورة بالتفصيل فيما يلى .

(أ) بالنسبة لمدعى الحيازة :

تنص الفقرة الأولى من المادة ٤٤ مرافعات على أنه :

---

(١) أحمد أبو الوفا ص ١٧٢ وما بعدها .

" لايجــوز أن يجمــع المدعـــى في دعوى الحيازة بينها وبين المطالبة بالحق وإلا سقط ادعاؤه بالحيازة ".

ويقصـــد بذلك أن مدعى الحيازة إذا طالب بالحق سقط حقه في الادعـــاء بالحـــيازة وامتنع عليه أن يرفع بعد ذلك دعوى الحيازة ، وأســـاس هـــذه القاعدة أن المطالبة بالحق من جانب مدعى الحيازة تتضـــمن نـــزولا منه عن دعوى الحيازة ، لأن هذا المدعى حينما حصـــل له التعرض في حيازته كان أمامه طريقان لدفع التعرض ، طريق دعوى الحيازة وهو طريق سهل ، وطريق دعوى الحق وهو طـــريق صعب فباختياره الطريق الصعب يعتبر نازلا عن الطريق السهل(١).

وينبنى على النص المتقدم نتيجتان :

الأولى :

أنـــه إذا بادر المدعى برفع دعوى الحيازة ، فليس ثمة ما يمنعه من رفع دعوى الحق وتكون دعواه بالحق مقبولة ولكنه يترتب على رفعهـــا ســـقوط دعوى الحيازة . وفى هذا يختلف القانون المصرى عـــن القانون الفرنسى الذى لايجيز رفع دعوى الحق إلى أن يفصل في دعوى الحيازة .

ولكـــن لايعتبر جمعا بين دعوى الحيازة ودعوى الحق أن يرفع طالـــب الحيازة دعوى الشفعة أثناء نظر دعواه بالحيازة ولايترتب على ذلك سقوط حقه في الادعاء بالحيازة لأن الشفعة وإن كانت من

---

(١) رمزى سيف ص ١٧٢ ومابعدها – أحمد أبو الوفا ص ١٧٣ومابعدها.

أسباب التملك غير أن السند القانونى المنشىء للملكية فيها هو الحكم الــذى يصدر لمصلحة الشفيع الذى لايمكن أن يكون مالكا أو يدعى ثبوت الملك له قبل صدور الحكم بأحقيته في تملك العقار المبيع [١].

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" مجــرد رفــع طالــب الحيازة دعوى بالشفعة ضد من سلب حــيازته أثناء نظر دعواه بالحيازة أو قبلها أو بعدها لايعتبر جمعا بيــن دعوى اليد ودعوى الملك بما يسقط حقه في الادعاء بالحيازة، ذلك أن الشفعة وإن كانت من أسباب التملك غير أن السند القانونى المنشـــئ للملكـــية فيها هو الحكم الذى يصدر لمصلحة الشفيع الذى لايمكــن أن يكون مالكا أو يدعى ثبوت الملك قبل صدور الحكم له بأحقيته لتملك العقار المبيع " .

(طعن رقم ٢٢٤ لسنة ٢١ ق جلسة ١٩٥٤/١٢/١٦)

الثانية :

أنه إذا بادر مدعى الحيازة برفع دعوى الحق ، فإنه يسقط حقه في رفع دعوى الحيازة ، فلا تقبل منه بعد ذلك .

علـــى أن الـــذى يســـقط الحق في رفع دعوى الحيازة هو رفع دعوى الحق . أما الإنذارات المتبادلة بين الخصوم وطلبات الإعفاء مـــن الرســـوم القضائية ، والإجراءات الوقتية أو التحفظية التى يتم

---

(١) السنهورى ص ١٣١٦ – المستشار على أحمد حسن ص ١٩١ .

اتخاذها فيما يتعلق بأصل الحق ، كل ذلك لايؤدى إلى سقوط دعوى الحيازة [١].

ويسقط حق المدعى في دعوى الحيازة ، ولو كانت دعوى الحق مرفوعة إلى محكمة غير مختصة ، أو كان قد ترك الخصومة فيها ، أو حكم باعتبارها كأن لم تكن ، لأن الظاهر من عبارة "سقط ادعاؤه بالحيازة " التى استعملها المشرع في الفقرة الأولى من المادة ٤٤ مرافعات أن التجاء الحائز إلى دعوى المطالبة بالحق يعنى تنازله عن التمسك بحيازته، واعترافه ضمنا بحيازة خصمه، بما يستتبع سقوط الإدعاء بالحيازة على مجرد رفع الدعوى .

ويستوى في ذلك أن يطالب المدعى في دعوى الحيازة ذاتها بموضوع الحق أو أن يرفع دعوى الحيازة مستقلة عن دعوى الملكية .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " إذا كان المدعى يطلب بدعواه الحكم له بمنع تعرض المدعى عليه فلا يجوز أن يدعى أنه مالك للأرض محل النزاع، إذ أن هذا لاتجوز إثارته في دعوى وضع يد طبقا للمادة ٢٩ من قانون المرافعات " .

(طعن رقم ٨٢ لسنة ١٦ ق جلسة ١٩٤٧/٥/١٥)

---

(١) الدكتور نبيل اسماعيل أصول المرافعات المدنية والتجارية الطبعة الأولى ١٩٨٦ ص ٤٥٤ – رمزى سيف ص ١٧٤ .

٢- " النص في المادة ١/٤٨ من قانون المرافعات السابق على أنــه " لايجــوز أن يجمــع المدعـــى في دعوى الحيازة بينها وبين المطالــبة بالحق وإلا سقط ادعاؤه بالحيازة " يدل على أنه لايجوز للمدعـــى أن يجمع بين دعوى الحيازة ودعوى أصل الحق، يستوى فـــي ذلك أن يطالب في دعوى الحيازة ذاتها بموضوع الحق أو أن يـــرفع دعوى الحيازة مستقلة عن دعوى الملكية ، وذلك لاعتبارات قدرها المشرع هى استكمال حماية الحيازة بذاتها مجردة عن أصل الحـــق، ويبقى هذا المنع قائما مادامت دعوى الحيازة منظورة وإلا ســـقط حق المدعى في الادعاء بالحيازة . لما كان ذلك وكان الحكم المطعـــون فـــيه قد انتهى إلى أنه كان يتعذر على الشركة المطعون علـــيها الثانية (المدعية في دعوى الحيازة) أن ترفع دعوى الملكية طوال المدة التى نظرت فيها دعوى الحيازة بسبب عدم جواز الجمع بين الدعويين مما يعتبر مانعا يوقف سريان التقادم المكسب للملكية عمـــلا بحكم المادة ١/٣٨٢ من القانون المدنى ، فإنه يكون قد التزم صحيح القانون " .

(طعن رقم ٤٦٣ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٤/١١/٥)

٣- " الـــنص فـــي الفقـــرة الأولـــى من المادة ٤٤ من قانون المـــرافعات على أنه " لايجوز أن يجمع المدعى في دعوى الحيازة بيـــنها وبين المطالبة بالحق وإلا سقط ادعاؤه بالحيازة" ، يدل على أنـــه لايجـــوز للمدعى أن يجمع بين دعوى الحيازة ودعوى أصل

الحق- يستوى في ذلك أن يطالب في دعوى الحيازة ذاتها بموضوع الحـــق أو أن يرفع دعوى الحيازة مستقلة عن دعوى أصل الحق- وذلك لاعتبارات قدرها المشرع هى استكمال حماية الحيازة لذاتها مجــردة عــن أصـــل الحق ، فإذا ما لجأ المدعى إلى رفع الدعوى بأصـــل الحـــق حين يقع اعتداء على حيازته ، فإن ذلك يعد تسليماً بحـــيازة خصـــمه وتـــنازلا عن الحماية التى قررها القانون لها بما يستتبع سقوط الادعاء بالحيازة على مجرد رفع الدعوى بأصل الحق كـــل ذلـــك ما لم يكن العدوان على الحيازة قد وقع بعد رفع دعوى أصـــل الحـــق فحينئذ يجوز للحائز أن يرفع دعوى الحيازة مع قيام الدعوى بأصل الحق " .

(طعن رقم ٨٥٢ لسنة ٦١ ق جلسة ١٩٩٥/١١/٩)

١٣٠ـ العبرة في تكييف الدعوى بأنها دعوى بالحق بحقيقة المطلوب فيها :

العـــبرة فـــي تكيـــيف الدعوى بأنها دعوى بالحق هى بحقيقة المطلوب فيها بصرف النظر عن العبارات التى صيغ بها المطلوب.

وترتيبا على ذلك قضت محكمة النقض بأن :

١- " إن دعـــوى الملكية تختلف عن دعوى وضع اليد في أن الأولـــى ترمى إلى حماية حق الملكية والحقوق العينية المأخوذة منه بطـــريق مباشر ، ويتناول البحث فيها حتما أساس الحق المدعى به ومشروعيته .

أما الثانية فليس الغرض منها إلا حماية وضع اليد من حيث هو بغض النظر عن كنه أساسه وعن مشروعيته . فإذا رفعت الدعوى بطلـــب إزالة ماسورة وضعها المدعى عليه في الطريق ، وأسست علـــى ملكية المدعى لهذا الطريق ، فدفعها المدعى عليه بأنه مالك لجــزء من هذا الطريق ، وحققت المحكمة في ملك الطريق وأثبتته للمدعى ، فإن هذه الدعوى هى دعوى ملكية ، ولايغير من طبيعتها أن المدعى لم يطلب فيها الحكم بالملك ولا بالارتفاق ولابنفيه إذ أن طلـــبه إزالة الماسورة إنما هو منتزع من حقه في الملك لا من حقه فـــي وضـــع اليد الذى لم يتعرض لطلب حمايته . ولذلك فلا يجوز الطعـــن بطـــريق الـــنقض في الحكم الصادر في هذه الدعوى من محكمة ابتدائية بهيئة استئنافية " .

(طعن رقم ١١ لسنة ٩ ق جلسة ١٩٣٩/٦/١٥)

٢- " مـــؤدى نـــص الفقـــرة الأولى من المادة ٤٤ من قانون المـــرافعات – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أنه لايجوز للمدعى أن يجمع بين دعوى الحيازة ودعوى أصل الحق يستوى في ذلك أن يطالب في دعوى الحيازة ذاتها بموضوع الحق أو أن يرفع دعـــوى الحـــيازة مســـتقلة عن دعوى الملكية ، والعبرة في تكييف الدعوى هى بحقيقة المطلوب فيها " .

(طعن رقم ٦٥٣ لسنة ٤٧ ق جلسة ١٩٨١/٣/٣١)

١٣١ـ دعوى الحيازة التى نشأ سببها بعد رفع دعوى الحق :

دعــوى الحيازة التى يسقط الحق في رفعها بقرينة النزول عنها المستفادة من رفع دعوى الحق هى دعوى الحيازة التى يكون سببها قد نشأ قبل رفع دعوى الحق ، أما دعوى الحيازة التى يكون سببها قد نشأ بعد رفع دعوى الحق فيجوز رفعها ولايسقط الحق فيها ، فلو أن حائــزا رفع دعوى الحق على من ينازعه في حقه في موضوع الحــيازة ثــم تعــرض له خصمه في حيازته جاز للحائز أن يرفع دعــوى الحــيازة لدفع هذا التعرض لأن رفع دعوى الحق في هذه الحالة لايفيد كما تقدم نزول رافعها عن التمسك بحيازته[١] .

وفى هذا قضت محكمة النقض بـأن :

١- " إن حظر الجمع بين دعوى الملك ودعوى اليد لايكون إلا فــي الأحوال التى يعتبر فيها رافع دعوى الملك متنازلا عن دعوى الــيد الأمر الذى لايمكن أن يصدق إلا إذا كان التعرض في وضع اليد قد حصل قبل أن ترفع دعوى الملك . أما إذا كان قد حصل بعد رفعها فإنه لا يمنع مدعى الملكية من أن يلحق بدعواه دعوى اليد ".

(طعن رقم ١٠ لسنة ١٠ ق جلسة ١٩٤٠/٥/٩)

---

(١) رمزى سيف ص ١٧٥ .

٢- "مـــن المقرر وفقا لصريح الفقرة الأولى من المادة ٤٤ من قانون الإثبات أنه لايجوز أن يجمع المدعى في دعوى الحيازة بينها وبيـــن المطالـــبة بالحق وإلا سقط ادعاؤه بالحيازة ، وهذا السقوط مرده أن التجاء المدعى لرفع الدعوى بأصل الحق حين يقع اعتداء علـــى حيازته يعد تسليما ضمنيا بحيازة خصمه وتنازلا عن الحماية التى قررها القانون لها بما يستتبع أن يكون هذا السقوط مترتبا على مجرد رفع الدعوى بأصل الحق ولو أعقبه ترك الخصومة فيها، ما لم يكن العدوان على الحيازة قد وقع من بعد رفع دعوى أصل الحق فحينئذ يجوز للحائز أن يرفع دعوى الحيازة مع قيام الدعوى بأصل الحق " .

(طعن رقم ١٦١ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٢/١٢/٣)

٣- " حظر الجمع بين دعوى المطالبة بالحق ودعوى الحيازة- وعلـــى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- لا يكون إلا في الأحوال الـــتى يعتـــبر فيها رافع دعوى الحق متنازلا عن دعوى وضع اليد الأمر الذى لايتأتى إلا إذا كان التعرض في وضع اليد قد حصل قبل أن تـــرفع دعوى الحق ، أما إذا كان قد حصل بعد رفعها فإنه ليس ثمـــة مـــا يمنع مدعى الحق أن يلحق بدعواه دعوى وضع اليد، لما كـــان ذلـــك ، وكان الثابت من الأوراق أن الطاعنة كانت قد أقامت دعواهـــا رقـــم ٨٣٧٩ لسنة ١٩٧٩ مـــدنى كلى جنوب القاهرة في

١٩٧٩/١/٢١ للحكـــم بصحة ونفـــاذ عقد الإيجار الصادر إليها في ١٩٦٦/٣/١ ، وقــبل الفصل فيها أقامت دعواها الثانية رقم ٩٠١٩ ســنة ١٩٧٩ مدنـــى كلى جنوب القاهرة في ١٩٧٩/١١/١٢ للحكم بصحة ونفاذ عقد الإيجار سالف البيان وبرد حيازتها للشقة موضوع الـــتداعى اســـتنادا إلى أن المطعون عليه قام بتاريخ ١٩٧٩/١١/٨ بالاســـتيلاء علـــى تلك الشقة تنفيذا للحكم الصادر في الدعوى رقم ٤٣٨ لســـنة ١٩٧٩ مســـتأنف مســـتعجل القاهرة وكان الثابت أن الطاعـــنة قـــد ضـــمنت تلـــك الواقعة صحيفة دعواها سالفة الذكر والمودع صورة رسمية منها حافظة مستنداتها مما مفاده أن الادعاء بســـلب المطعـــون علـــيه حيازة الطاعنة للشقة موضوع النزاع قد حصل بعد رفع دعوى الحق رقم ٨٢٧٩ لسنة ١٩٧٩ سالفة البيان ، وبالـــتالى لا تكـــون الطاعنة قد جمعت بين دعوى المطالبة بالحق ودعـــوى الحيازة ، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر ، فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون بما يستوجب نقضه " .

(طعن رقم ٢٠٩٨ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨١/٦/١٣- غير منشور)

١٣٢ـ إجـازة رفـع المدعى عليه فى دعوى الحق ، دعوى الحيازة :

المدعى عليه في دعوى الحق يجوز له أن يرفع دعوى الحيازة سواء أكان سببها قد نشأ قبل رفع دعوى الحق أم بعده إذ لايمكن أن

يقــال فــي هذه الحالة إن رفع دعوى الحق يفيد النزول عن دعوى الحيازة ، لأن العمل الذى يفيد النزول عن حق يجب أن يصدر عن صاحب الحق نفسه ، ولأن القول بغير ذلك يفتح الباب للمعتدى على الحــيازة لحــرمان الحائــز مــن المبادرة برفع دعوى الحق على الحائز [١].

١٣٣ـ مناط الحظـر رفـع دعوى الحيازة والحق على شخص واحـــد :

الحظــر الــوارد بالنص مناطه أن تقام دعوى الحيازة ودعوى المطالــبة بالحق على شخص واحد ، أما إذا تعددت طلبات المدعى فــي الدعــوى واختلف خصومه فيها ، فإن النزاع في حقيقة الأمر يــنطوى على عدة دعاوى ولو قام المدعى برفعه بصحيفة واحدة ، فــإذا اختصـــم أحد الأشخاص في دعوى الحق ، واختصم آخر في دعــوى الحــيازة ، فإن الحظر الوارد بالنص لا يكون قائما لتعدد الدعاوى واختلاف الخصوم فيها [٢].

---

(١) نبــيل أســمر ص ٤٥٥ – رمــزى سيف ١٧٥ – محمد كامل مرسى ص٥١.

(٢) السنهورى ص ١٣١٤ وما بعدها – أحمد أبو الوفا ص ١٧٤ .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" يــدل نــص المادة ٤٤ من قانون المرافعات على أن الحظر الذى قصده المشرع من الجمع بين دعوى الحيازة ودعوى المطالبة بالحق لا يكون إلا إذا أقيمت دعوى اليد ودعوى الحق على شخص واحــد اما إذا تعددت طلبات المدعى في الدعوى، واختلف خصومه فــيها فإن النزاع في حقيقة الأمر ينطوى على عدة دعاوى، ولو قام المدعــى بــرفعه بصحيفة واحدة ، فإذا اختصم أحد الأشخاص في دعوى الحق واختصم آخر في دعوى الحيازة فإن الحظر الوارد في نص المادة ٤٤ مرافعات سالف الذكر لا يكون قائماً لتعدد الدعاوى واختلاف الخصوم فيها" .

(طعن رقم ٣٨١ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٤/١١/٨)

كما قضت بـأن :

" لمــا كانــت دعــوى الحيازة التى لايجوز الجمع بينها وبين المطالبة بالحق وإلا سقط الإدعاء بالحيازة طبقا لنص المادة ٤٤ من قانون المرافعات هى تلك التى ترفع من الحائز على المعتدى نفسه، وكان المطعون ضده الأول قد قصر طلباته أمام محكمة أول درجة علــى طلــب استرداد الحيازة ، ثم طلب في الاستئناف – احتياطيا وبالنســبة للمؤجــر فقط – الحكم بصحة ونفاذ عقد الإيجار فإنه لا

يكـــون قد جمع بالنسبة لمورث الطاعنتين بين دعوى الحيازة وبين الدعوى بالحق " .

(طعن رقم ١٥١٦ لسنة ٥١ ق جلسة ١٤/٢/١٩٨٩)

١٣٤ـ يجـوز لـلمدعى تقديـم أدلته في دعوى الحيازة ولو تعلقت بأصل الحـق :

لايحـــول حظـــر عدم الجمع دون أن يقوم المدعى بتقديم أوجه الدفـــاع والأدلة المثبتة لتوافر صفته أو توافر أوصاف الحيازة التى يحميها القانون ، ولو كانت هذه الأدلة تتعلق بأصل الحق .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" الـــنص فـــي المادة ١/٤٤ من قانون المرافعات يدل على أن المـــناط في سقوط الحق في دعوى الحيازة ، هو قيام المدعى برفع دعـــوى الحـــق، إذ يعتبر المدعى برفعه لهذه الدعوى متنازلا عن دعـــوى الحـــيازة ، ولايعنى ذلك أنه يمتنع عليه تقديم أوجه الدفاع والأدلـــة المثبتة لتوافر صفة أو توافر أوصاف الحيازة التى يحميها القانون ، ولو كانت هذه الأدلة تتعلق بأصل الحق ، طالما أن الهدف مـــنها هو إثبات توافر شروط الحيازة في جانبه ، ولم يطلب الفصل في موضوع الحق ذاته ".

(طعن رقم ٢٥٧٣ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٩٠/١/١٠)

١٣٥- إشارة المستأجر في دعوى الحيازة إلى صفته لايعد من قبيل الاستناد إلى أصل الحق :

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" من المقرر وفقا لنص المادة ١/٥٧٥ من القانون المدنى أنه أنه يجوز للمستأجر رغم أن حيازته حيازة مادية فحسب ، أن يرفع جميع دعاوى الحيازة سواء كان تعرض الغير له تعرضا ماديا أو تعرضا مبنيا على سبب قانوني ، ومن ثم فإن إقامة دعوى الحيازة من المستأجر ، والإشارة فيها إلى صفته هذه للتدليل بها على حقه في رفع الدعوى لا يعد من قبيل الاستناد إلى أصل الحق الذى يسقط ادعاؤه بالحيازة وفقا لنص المادة ١/٤٤ مرافعات " .

(طعن رقم ٢٥٧٣ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٩٠/١/١٠)

١٣٦- بالنسبة للمدعى عليه في الحيازة :

تنص الفقرة الثانية من المادة ٤٤ من قانون المرافعات على أنه: " ولايجوز أن يدفع المدعى عليه دعوى الحيازة بالاستناد إلى الحق ، ولاتقبل دعواه قبل الفصل في دعوى الحيازة وتنفيذ الحكم الذى يصدر فيها إلا إذا تخلى بالفعل عن الحيازة لخصمه " .

ويستفاد من هذا النص أنه يمتنع على المدعى علية في دعوى الحيازة أمران :

الأول :

يمتنع على المدعى عليه في دعوى الحيازة دفعها بالاستناد إلى أنه صاحب حق يخوله الحيازة وأن الحائز ليس صاحب حق ، وإنما هو غاصب مادام المدعى هو الآخر ممنوعا من الاستناد إليه . فإذا رفعت دعوى استرداد الحيازة على من سلبها من حائزها ، فلا يقبل مـــن المدعى عليه أن يدفع هذه الدعوى بأنه هو المالك للعين ، لأن القـــانون يحمى الحيازة متى توافرت شروطها لذاتها بصرف النظر عـــن كـــون الحائـــز صاحب الحق أم لا . ولأن الحكم في دعوى الحيازة يجب أن يبنى على اعتبارات متعلقة بالحيازة دون الحق [١].

الثانى :

أنـــه يمتـــنع علـــى المدعى عليه في دعوى الحيازة أن يطالب بـــالحق ويطلـــب الحكـــم له به ، إلا بعد الفصل في دعوى الحيازة وتنفيذ الحكم الصادر فيها ، أو بعد التخلى فعلا عن الحيازة لحائزها قـــبل الاعـــتداء علـــيها لأن كون المتعرض للحيازة صاحب الحق موضـــوع الحـــيازة لايمنع من أن تعرضه للحائز اعتداء تجب أولا إزالته بتسليم الحيازة لحائزها حتى يمكن النظر في دعوى الحق .

والـــنص صـــريح وقـــاطع في أن دعوى الحق المرفوعة من المدعى عليه قبل الفصل في دعوى الحيازة غير مقبولة ، فلا محل

---

(١) رمزى سيف ص ١٧٦ – المستشار محمد عبد اللطيف ص ٣٥٧ .

لمـــا قيل به في فرنسا على الرأى الراجح من أن دعوى الحق تقبل ولكن يقف الفصل فيها حتى يحكم في دعوى الحيازة .

ولايجعـــل دعـــوى الحق المرفوعة من المدعى عليه أثناء قيام الحـــيازة مقـــبولة إلا أحد أمرين : **الأول** ، أن يتخلى المدعى عليه فعلا عن الحيازة لخصمه فلا يكفى مجرد الإقرار بالحيازة لخصمه. **الـــثانى** ، أن ينتظر الفصل في دعوى الحيازة وتنفيذ الحكم الصادر فيها [١].

هـــذا إذا كانـــت الدعوى المرفوعة هى دعوى الحيازة .أما إذا كانت الدعوى المرفوعة هى دعوى الملكية ، فإن المدعى عليه في هـــذه الدعوى يستطيع قبل الفصل فيها ، أن يرفع دعوى الحيازة ، ســـواء كـــان الاعتداء على حيازته قد وقع قبل رفع دعوى الملكية علـــيه أو بعد رفعها . وذلك لأنه لم يصدر منه ما يعتبر تنازلا عن رفـــع هذه الدعوى ، ولأن المادة ٤٤ حددت أحوال منع الجمع بين دعـــوى الحيازة والحق ، وليست هذه الحالة من بين ما نصت عليه المـــادة المذكورة . وهى أحوال استثنائية واردة على سبيل الحصر ولايجوز القياس عليها أو التوسع في تفسيرها [٢].

---

(١) رمزى سيف ص ١٧٦ عبد المنعم الشرقاوى ص ١٤٣ وما بعدها .
(٢) السنهورى ص ١٣٢٠ – عبد المنعم الشرقاوى ص ١٤٤ .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" لايقبل من المدعى عليه في دعوى الحيازة دفعها بالاستناد إلى نفى الحق " .

(طعن رقم ٢٩ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٣/١١/٢٨)

١٣٧- (ج) بالنسبة لقاضى الحيازة :

تنص الفقرة الثالثة من المادة ٤٤ مرافعات على أنه : " وكذلك **لايجوز الحكم في دعاوى الحيازة على أساس ثبوت الحق أو نفيه".**

وهذا النص يعنى أن القاضى بتقيد بقاعدة عدم الجمع بين دعوى الحيازة ودعوى الحق من ناحيتين :

(الناحية الأولى) :

أن قاضى الحيازة لايجوز له وهو يبحث دعوى الحيازة أن يبحث في الحق لأنه إذا ثبت له من بحثه هذا أن مدعى الحيازة ليس صاحب الحق فلا يمنع ذلك من الحكم له باعتباره حائزا ، ولايجوز له أن يحكم بالحق لخصمه ولو طلب ذلك لأن المدعى عليه في دعوى الحيازة ممنوع من طلب الحق مادام النزاع على الحيازة قائما ، كما أنه إذا ثبت له أن مدعى الحيازة هو صاحب الحق فلا يجوز له أن يحكم بالحق لأنه لم يطلبه [١].

---

(١) رمزى سيف ص ١٧٧- نبيل أسمر ص ٤٥٦ .

غير أنه يجوز له استثناء فحص المستندات المتعلقة بأصل الحق علـــى ســـبيل الاســـتئناس ، وبالقدر الذى يقتضيه التحقق من توافر شروط الحيازة ، الأمر الذى يجب أن يجعله القاضى مناط تقصيه، فإن تجاوز هذا الحد تجاوزا يمس أصل الحق ، فإنه يكون قد خالف القانون . فمثلا المعلوم أنه من شروط قبول دعوى منع التعرض أن يكـــون العقـــار موضوع الدعوى مما يجوز امتلاكه بالتقادم ، وأن يـــتوافر في حيازته الشروط التى يتطلبها القانون ، فقاضى الحيازة يكـــون ملـــزما ببحث توافر هذه الشروط ، فيجوز له أن يرجع إلى المســـتندات المـــتعلقة بـــالحق ليتحقق من أن العقار المرفوع بشأنه الدعـــوى ليس ملكا عاما أو ليستخلص ما يعينه على وصف وقائع الحـــيازة مدة السنة السابقة على رفع الدعوى كأن يتحقق من توافر أو عـــدم توافـــر نية الامتلاك لدى الحائز (أو نية الظهور بمظهر صاحب الحق موضوع الحيازة) .

وتطبـــيقا لمـــا تقـــدم يمتنع على قاضى الحيازة أن يندب خبيرا لفحـــص مســـتندات الخصـــوم المتعلقة بالحق بقصد تحديد المالك الحقـــيقى ، وإنمـــا يجـــوز له أن يندب خبيرا ليتعرف على العقار موضوع الحيازة .

وقاضـــى الحـــيازة ليس ممنوعا من فحص مستندات الخصوم المتعلقة بأصل الحق عند المفاضلة بين الحيازات المتعاقبة لمدد أقل

من سنة ليحكم بالحيازة لصاحب السند الأقوى أو الأسبق في التاريخ (م٩٥٩ مدنى) ، وعندما تتعلق الدعوى بحق ارتفاق غير ظاهر أو غـير مستمر ليتحقق من حيازة المدعى لهذه الحقوق . فقد رأينا أن هذه الحقوق لايجوز حمايتها بدعاوى الحيازة لأنها لاتكتسب بالتقادم إذ أن حـيازتها مشـوبة بالخفـاء أو بشبهة التسامح ، أما إذا كانت مقررة بالاتفاق فمن الجائز حمايتها .

ويتعيـن على القاضى أيضا فحص مستندات الخصوم المتعلقة بـالحق عـندما يدعـى المتعرض أنه شريك على الشيوع ، وذلك ليتحقق القاضى من أن الحيازة واردة على ملك شائع ، وليحدد قدر ومـدى المـنفعة التى يجوز لكل شريك أن يجنيها من المال الشائع وفقـا لاتفاق الشركاء ، ليستخلص من كل ذلك ما إذا كان الشريك يعـد متعرضـا لشـركائه أم أنه يمارس حيازته عند حدود حصته مراعيا حصة غيره .

ويفحص القاضى أيضا مستندات الخصوم المتعلقة بأصل الحق إذا تـم تنفيذ حكم قضائى على الحائز وادعى أن هذا الحكم لايعتبر حجـة عليه فلا مندوحة من أن يكون مدار البحث ما إذا كان الحكم يمكـن أن يعتبر حجة على المدعى فيصبح تنفيذه في مواجهته أولا يعتـبر هـو طرف في الخصومة التى صدر فيها فيعد تنفيذه سلبا للحيازة .

ومما هو جدير بالإشارة أن فحص المستندات المتعلقة بالحق ليس معناه البحث في الحق ذاته ، فلا يؤثر هذا الفحص في طبيعة الحكم الصادر في هذه الدعوى باعتباره حكما متعلقا بالحيازة لايحوز حجية الشيء المحكوم به بالنسبة لأصل الحق [١].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إن من شروط قبول دعوى منع التعرض أن يكون العقار مما يجوز تملكه بوضع اليد ومما يجوز فيه وضع اليد بنية التملك . فقاضي دعوى وضع اليد ملزم قانونا ببحث توافر هذا الشرط في العقار المتنازع على وضع اليد عليه وببحث غيره من الشروط الأخرى . فإذا هو بحث في توافر هذا الشرط ورجع فيه إلى مستندات الملكية فذلك إنما يكون ليستخلص منه ما يعينه على وصف وقائع وضع اليد مدة السنة السابقة لرفع الدعوى . فإذا تجاوز في حكمه هذا القدر كان جامعا بين دعوى الملكية ووضع اليد وكان حكمه باطلا لمخالفته لنص المادة ٢٩ من قانون المرافعات" .

(طعن رقم ١٠٤ لسنة ٥ ق جلسة ١٩٣٦/٥/١٤)

---

(١) نبيل أسمر ص ١٧٨ ومابعدها .

٢- " إذا كانــت المحكمـــة في دعوى منع التعرض قد حصلت تحصـــيلا سائغا من الأدلة التى ساقتها في حكمها ومن المعاينة التى أجــرتها بنفسها أن الأرض المتنازع على حيازتها مازالت تستعمل جــرنا عمومــيا ، وأنهــا بذلك تعد من المنافع العامة التى لايجوز تملكهــا بوضـــع الــيد ، كــان حكمها بعدم قبول دعوى وضع اليد المــرفوعة بشأنها صحيحا قانونا ثم إن تحرى المحكمة من المعاينة ومــن المســتندات مــا إذا كــان العقار المرفوع بشأنه دعوى منع الــتعرض ملكــا عاما أم لا ، ليس فيه جمع بين دعوى اليد والملك لأن المقصود به هو أن تستبين حقيقة وضع اليد إن كان يخول رفع دعــوى اليد أم لا ، حتى إذا رأت الأمر واضحا في أن العقار من الملك العام وأن النزاع بشأنه غير جدى قبلت الدفع وإلا فصلت في دعــوى منع التعرض تاركة للخصوم المنازعة في الملك فيما بعد . كمــا أن قضاءها في هذا المقام المؤسس على أن العقار من المنافع العامة لايمكن أن يعد حاسما للنزاع في الملك" .

(طعن رقم ٦٥ لسنة ١٣ ق جلسة ١٩٤٤/٣/٩)

٣- " إن دعــاوى وضع اليد أساسها الحيازة المادية بشروطها القانونــية ولا محــل فيها لبحث الملكية ولامستنداتها إلا على سبيل

الاســتئناس بها في شأن وضع اليد وبالقدر الذى تقتضيه دعوى اليد دون الــتعرض إلــى أمــر الملكية بأى حال فعلى المحكمة أن تقيم حكمهــا فــي هذه الدعاوى على الحيازة المادية بشروطها فتقضى بقــبولها أو برفضها بناء على توافر تلك الشروط أو عدم توافرها . أما إذا هى أسست قضاءها فيها على الملكية ومستنداتها فإنها تكون بذلك قد أقحمت دعوى الملك على دعوى اليد ، وأغفلت أمر وضع الــيد وخالفــت المــادة ٢٩ من قانون المرافعات . وإذن فإذا كانت المحكمــة ، وهى تفصل في دعوى وضع يد ، بعد أن أثبتت وضع يد المدعى على الأرض موضوع النزاع ، وأثبتت أن المدعى عليه تسلمها تنفيذا لحكم رسو مزادها وأن المدعىلم يكن ممثلا في دعوى نــزاع الملكية ، فقد أقامت حكمها برفض هذه الدعوى على أساس أيلولة ملكية الأرض إلى المدعى عليه بموجب حكم مرسى المزاد ، وعلــى حجــية هــذا الحكم على المدعى، في حين أن القضاء في دعوى وضع اليد لايصح أن يؤسس على الملكية وفى حين أن حكم مرســى المزاد هذا ليس في مسألة وضع اليد حجة على المدعى ، فإنها تكون قد خالفت القانون ".

(طعن رقم ٣٥ لسنة ١٥ ق جلسة ١٩٤٦/١/١٧)

٤- " إذا كانت الدعامة الجوهرية التى أقيم عليها الحكم برفض دعوى منع التعرض هى عدم توافر شروط الحيازة المادية للأرض موضـــوع الـــنزاع، وكـــان تحدثـــه عن مستندات الملكية الخاصة بالطاعـــن لايجاوز الاستئناس بها في الدعوى وبالقدر الذى اقتضاه البحـــث فيها فيكون النعى على هذا الحكم بمخالفة القانون على غير أساس " .

(طعن رقم ١٥٩ لسنة ٢٠ ق جلسة ١٩٥٢/١٢/٤)

٥- " الأســـاس الأصلى لدعاوى الحيازة هو الحيازة بشروطها القانونـــية ، فلا محل للتعرض فيها لبحث الملكية وفحص ما يتمسك بـــه الخصوم من مستنداتها إلا أن يكون ذلك على سبيل الاستئناس يستخلص منها القاضى كل ما كان متعلقا بالحيازة وصفتها وبشرط أن لايكـــون الـــرجوع إلى مستندات الملك مقصودا لتحرى الحق، وتلك قاعدة يرتبط بها المدعى والمدعى عليه وقاضى الدعوى، فلا يجـــوز للمدعـــى أن يجمـــع في دعوى الحيازة بينها وبين المطالبة بـــالحق ولايجوز للمدعى عليه أن يدفعها بالاستناد إلى الحق ولا أن يقـــيم القاضـــى حكمه على أساس ثبوت الحق أو نفيه . وإذن فإنه يكـــون من غير المقبول فحص مستندات ملكية الخصوم في دعاوى

الحـــيازة والبـــت فـــي شأنها بالصحة أو بالتزوير لما في ذلك من المساس بالحق وجودا وعدما " .

(طعن رقم ٢٧ لسنة ٢٢ ق جلسة ١٩٥٥/٦/١٦)

٦- " لمـــا كـــان الثابت أن المطعون ضدهما الأول والثانية قد افتـــتحا دعواهما بطلب الحكم ضد الطاعن وحده باسترداد حيازتهما لأرض الـــنزاع مـــن تحـــت يده وبالتالى فهى من دعاوى الحيازة المعـــروفة فـــي القانون أساسها الأصلى الحيازة المادية بشروطها القانونية ومرماها حماية هذه الحيازة ولا محل فيها للتعرض لبحث الحـــق وفحـــص ما يتمسك به الخصوم من مستندات تتعلق به لأنها لاتتـــناول غير واقعة الحيازة المادية ، فإنها تعد بهذه المثابة دعوى متميزة لها كيانها الخاص ومستقلة كل الاستقلال عن طلب المطعون ضـــدهما المذكوريـــن بطلان عقد الإيجار الصادر إلى الطاعن من الخصـــوم المدخلين في مرحلة لاحقة من مراحل الدعوى إذ يختلف هـــذا الطلـــب عـــن الطلب الأصلى في موضوعه وفى سببه وفى خصومه ومن ثم لايجوز تقديمه في صورة طلب عارض ".

(طعن رقم ١٢٢٢ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩٥/١/٥)

٧- " المقـــرر- في قضاء هذه المحكمة - أن الأساس الأصلى لدعـــاوى الحيازة هو الحيازة بشروطها القانونية فلا محل للتعرض فـــيها لبحث الملكية وفحص ما يتمسك به الخصوم من مستنداتها إلا أن يكون ذلك على سبيل الاستثناس ، وتلك قاعدة يرتبط بها المدعى والمدعـــى عليه وقاضى الدعوى ومن ثم فإنه لايجوز للطاعنين دفع دعوى استرداد الحيازة المقامة من المطعون ضدهم على أساس أن العقـــار موضـــوع النزاع أدخل في الملك العام بتخصيصه بالفعل لمنفعة عامة لأن محل ذلك إنما يكون في دعوى المطالبة بالحق " .

(طعن رقم ١٩٠١، ٢٤٥٥ لسنة ٦٢ ق جلسة ١٩٩٨/١٢/١٥)

(الناحية الثانية)

مـــتى امتنع على القاضى وعلى الخصوم التعرض لأصل الحق يكـــون مـــن الطبيعى أيضا أن يمتنع على القاضى بناء حكمه على نتيجة بحثه له . فإذا بنى حكمه في الحيازة على نص من نصوص القـــانون المدنـــى الـــتى تنظم وسائل اكتساب الحقوق أو فقدها كان حكمـــه مخالفـــا للقانون ، وخاصة إذا ذكر ذلك النص في منطوق حكمه، أو أسس الحكم في الحيازة عليه وحده .

وإذا كان من المقبول أن يورد الحكم في حيثيات حكمه الفاصل فـــي الحـــيازة بعض أسباب تتعلق بالحق فإنه من المتعين ألا يكون

الحكــم مبنـــيا على هذه الأسباب وحدها ، بل يكون متضمنا أسبابا تتعلق بالحيازة ذاتها وكافية لإقامة الحكم عليها (١).

وكذلك يكون جمعاً بين الحيازة والحق أن يجعل القاضى الفصل في الملكية مسألة أولية تسبق الفصل في دعوى الحيازة .

أو إذا كـــان القاضــــى في منطوق حكمه في دعوى الحيازة لم يقتصر على الحيازة في ذاتها بل قضى للمدعى بحقوق أوسع مدى أو أشد قوة استنادا إلى موضوع الحق (٢).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " لايجــوز لقاضــــى وضع اليد أن يجعل حكمه في دعوى وضع اليد مبنيا في جوهره على أسباب متصلة بأصل حق الملك ، بــل يجب عليه أن يكون جوهر بحثه في هذه الدعوى منصبا على تبيــن ماهيــتها والــنظر في توافر شروطها وعدم توافرها بحيث لودعــت ضرورة هذا البحث للرجوع إلى مستندات حق الملك فلا يكون ذلك مقصودا لذاته، بل يكون على سبيل الاستئناس ، وبالقدر الذى يقتضيه التحقق من توافر شروط وضع اليد- الأمر الذى يجب أن يجعلـــه القاضــــى مناط تقصيه ، فإن تجاوز هذا الحد فبحث في

---

(١) عبد المنعم الشرقاوى ص ١٤٦ .

(٢) السنهورى ص ١٣٢٥ ومابعدها .

الملكية فنفاها وجعل أساس قضائه في دعوى اليد ما نفى به أصل الحق في أمر الملك فإنه يكون قد خالف القانون " .

(طعن رقم ٣٢ لسنة ٢ ق جلسة ١٩٣٢/١٠/٢٧)

٢- " لاحـــرج علـــى القاضـــى فـــي دعوى وضع اليد في أن يستخلص من مستندات الخصوم ، ولو كانت خاصة بالملك ، كل ما كان متعلقا بالحيازة وصفتها " .

(طعن رقم ٣١ لسنة ١٢ ق جلسة ١٩٤٣/٢/٢٥)

٣- " إذا كـــان الحكم الصادر في دعوى منع التعرض لم يرد فـــيه بـــيان عن وضع يد المدعى لمعرفة هل هو مستوف للشروط القانونـــية أو غير مستوف ، وهل المدعى رفع الدعوى قبل مضى ســـنة على واقعة التعرض ، كما هو الواجب قانونا أولا. ولكن كان كـــل ما جاء به هو أنه عرض لوضع يد المدعى عليه فأورد أنه لم يكـــن مقترنا بنية التملك ، ثم استعرض مستندات ملكية المدعى ، لا للاستئناس بها في تبين وضع يده وشرائطه بل للاستدلال منها على ملكيـــته للأطـــيان المتنازع بشأنها ، فإنه يكون قد استند في دعوى الـــتعرض إلى أدلة الملك فجمع بين دعوى اليد ودعوى الملك وهذا غير جائز قانونا بحكم المادة ٢٩ مرافعات " .

(طعن رقم ٥٢ لسنة ١٣ ق جلسة ١٩٤٣/١١/٢٥)

٤- " إذا كـــان الحكم قد أقام قضاءه بمنع التعرض في تطهير مسقى وتعميقها على ما ثبت لدى المحكمة من تقرير الخبير المعين فـــي الدعوى من أن المدعين يملكون نصف المسقى تجاه أرضهم، وأن هذا النصف يدخل في الأرض المكلفة بأسمائهم ، وأن ريهم من المســـقى يـــرجع إلى ما قبل سنة كذا (أى من مدة تزيد على سنة ســـابقة علـــى التعرض)، فإن استناد هذا الحكم إلى سابقة استعمال المدعيـــن المســـقى للرى - ذلك يكفى لأن يقام عليه القضاء بمنع التعرض. أما ما جاء به عن الملكية فإنه ليس إلا من قبيل التزيد فلا يصح أن يؤسس عليه الطعن في الحكم ".

(طعن رقم ٣١ لسنة ١٥ ق جلسة ١٩٤٥/١١/٢٢)

٥- " مـــتى كـــان الحكـــم المطعون فيه إذ قضى بمنع تعرض الطاعـــنة للمطعـــون عليه في الانتفاع بحق ارتفاق المطل موضوع الـــنزاع قد أقام قضاءه على وجود المطل (الشرفة) بمنزل المطعون علـــيه مـــدة تـــزيد على سنة قبل حصول التعرض المطلوب منعه، واســـتخلص من ذلك توافر الشروط القانونية لدعوى منع التعرض، وكـــان ما ذكره من أن هذه الشرفة بنيت من أكثر من خمسة عشر ســـنة إنمـــا كان منه تقريرا للواقع ولم يكن الغرض منه الفصل في حـــق الارتفاق ، فإن النعى عليه مخالفة قاعدة أنه ليس للمدعى أن

يجمع بين دعوى وضع اليد ودعوى الملكية في آن واحد على غير أساس " .

(طعن رقم ١١٣ لسنة ١٩ ق جلسة ١٩٥١/٦/٧)

٦- " لايجوز الحكم في دعاوى الحيازة على أساس ثبوت الحق أو نفيه . فإذا كانت الدعوى قد رفعت بطلب منع التعرض للطاعن في المرور بالطريق الموصل إلى أرضه تأسيسا على استيفائه للشرائط القانونية التى تحمى يده على ارتفاق المرور ولم تؤسس على ثبوت حق الارتفاق في المرور وتملكه له ، فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى برفض الدعوى على أساس انتفاء ملكية الطاعن لحق المرور الذى يخوله القانون لمن كانت أرضه محبوسة عن الطريق طبقا للمادة ٨١٢ من القانون المدنى ، يكون قد خالف القانون بما يستوجب نقضه " .

(طعن رقم ٤٤٧ لسنة ٢٦ ق جلسة ١٩٦٢/٤/٢٨)

٧- " متى كان استناد الحكم إلى استمرار استعمال المطعون عليه للممر سواء بالمطل الذى لانزاع فيه أو بالمرور الذى استخلصه من أقوال الشهود يكفى أن يكون أساسا للقضاء بمنع التعرض ، وكان ما جاء بالحكم عن ثبوت حق المطعون عليه في ارتفاق المطل والمرور استنادا إلى الحكم الصادر لصالحه ليس إلا تقديرا للواقع للاستئناس به في تبين الحيازة وصفتها فإنه يكون غير

صحيح ما ينعاه الطاعن على الحكم من أنه بنى قضاءه على أساس ثبوت الحق " .

(طعن رقم ٢٩ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٣/١١/٢٨)

ولايعتبر جمعا بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية أن يحكم القاضي في دعوى الحيازة بالإزالة والتسليم أو أن يأمر في دعوى الملكية بإجراءات وقتية للمحافظة على الشيء محل النزاع . كما يمكن الحكم في دعوى الحيازة بتعويض ، ولكن لا بسبب الحرمان من الانتفاع بالملك فإن هذا محله دعوى الملكية لا دعوى الحيازة ولكن بسبب الضرر الذى نجم عن أعمال التعرض أو عن اغتصاب المال قهرا [١].

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " إذا كان الحكم الصادر بمنع التعرض قد قضى بالإزالة والتسليم فلا محل للنعى عليه بأنه قد جمع بين دعوى الملكية ودعوى اليد ، ذلك لأن الإزالة هى من قبيل إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل حصول التعرض وذلك إزالة الأفعال المادية التى أجراها المتعرض كتسوير الأرض ووضع أخشاب وإقامة هيكل ومسرح وغيرها مما يعتبر وجودها في ذاته تعرضا لحيازة واضع اليد مما تتسع ولاية قاضى الحيازة لمنعه متى قامت لديه أسبابه

---

(١) السنهورى ص ١٣٢٥ ومابعدها .

وكذلـــك التســـليم إذ يعتـــبر من مستلزمات منع التعرض وإعادة يد الحائز إليه " .

(طعن رقم ٤١٧ لسنة ٢١ ق جلسة ١٩٥٥/١/١٣)

٢- " دعـــاوى الحـــيازة المعروفة في القانون أساسها الأصلى الحـــيازة بشـــروطها القانونية ومرماها حماية هذه الحيازة بصرف الـــنظر عـــن أساســـها ومشروعيتها فلا محل للتعرض فيها لبحث الملكـــية وفحص ما يتمسك به الخصوم من مستنداتها لأنها لاتتناول غير واقعة الحيازة ومن ثم فإنها تعد بهذه المثابة دعوى متميزة لها كـــيانها الخـــاص ومستقلة كل الاستقلال عن طلب المطعون ضده تثبيـــت ملكيـــته للأرض البالغ مساحتها ٢٥٣,١٣م٢ وعدم تعرض الطاعـــنة له في هذه الملكية وإلزامها بأن تؤدى إليه خمسمائة جنيه كـــتعويض عما لحقه من أضرار لأن البحث في هذا الطلب يتناول أســـاس حق الملكية ومشروعيته لايغير من ذلك ما جاء على لسان المطعـــون ضده من أن الطاعنة متعرضه له ويطلب منع تعرضها لأن مقصوده من هذا الطلب تقرير الملك له وبالتالى لايجوز تقديمه فـــي صـــورة طلـــب عـــارض لاخـــتلافه عن الطلب الأصلى في موضوعه وسببه " .

(طعن رقم ٨٦٥ لسنة ٦١ ق جلسة ١٩٩٥/١١/٣٠)

الحكم الثانى
لايجوز رفـــع دعـــوى الحيـــازة
في حالة وجود عقد

١٣٨ـ مضمون الحكم :

إذا كـــان الحائز مرتبطا بعقد مع المعتدى على الحيازة ، وكان التعدى على الحيازة داخلا في نطاق هذا العقد ، فإنه لايجوز للحائز الالـــتجاء إلى دعوى الحيازة ، وإنما عليه أن يلجأ إلى دعوى الحق استنادا إلى هذا العقد .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " الالتجاء إلى دعوى العقد لا إلى دعوى الحيازة محله أن يكـــون رافـــع الدعـــوى مرتبطا مع المدعى عليه فيها بعقد ويكون انـــتزاع الحـــيازة داخـــلا في نطاق هذا العقد ، وإذ كان الثابت من الحكـــم المطعـــون فـــيه أن المطعون عليه الأخير- المستأجر الذى انتقلت إليه من الطاعنين المالكين – حيازة الشقة لاتربطه بالمطعون علـــيها الأولى خلف المستأجر السابق التى سلبت حيازتها أى علاقة تعاقدية فإنه يجوز لها من ثم اللجوء إلى دعوى الحيازة " .

(طعن رقم ٧١١ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٦/٥/٥) .

٢- " مـــن المقـــرر أن الالتجاء إلى دعوى العقد لا إلى دعوى الحـــيازة محله أن يكون رافع الدعوى مرتبطا مع المدعى عليه فيها

بعقد ويكون انتزاع الحيازة داخلا في نطاق هذا العقد ، وكان الثابت أن المطعــون ضـــده يرتبط مع الطاعن الأول - بعقد إيجار مؤرخ ١٩٦٤/١٢/١ وكـــان الـــنص فـــي المادة ٥٧١ من القانون المدنى يوجـــب على المؤجر أن يمتنع عن كل ما من شأنه أن يحول دون انـــتفاع المســـتأجر بالعيـــن المؤجرة، ويحق للمستأجر عند وقوع المخالفة من المؤجر أن يلجأ إلى القضاء لإجباره على التنفيذ العينى لعقـــد الايجار، وتمكينه من الاستمرار في الانتفاع بالعين المؤجرة بإعادة وضع يده عليه ، وهذا الضمان الذى يلتزم به المؤجر يمنعه من تأجير العين للغير ، ويحق للمستأجر عند المخالفة بوصفه حائزا للعين المؤجرة أن يرفع في هذه الحالة دعوى استرداد الحيازة على مـــن انتقلت إليه حيازتها من المالك المغتصب ، ولو كان المستأجر الأخير حسن النية إعمالا لنص المادة ٩٦٠ من القانون المدنى ".

(طعن رقم ٣٨١ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٤/١١/٨)

الحكم الثالث

الحكم الصادر في دعوى الحيازة

لايحوز حجية في دعـوى أصل الحق

١٣٩ـ مضمون الحكم :

الحكم الصادر في دعوى الحيازة لايجوز حجية الأمر المقضى فـي دعوى أصل الحق وذلك لاختلاف الدعويين سببا وموضوعا . ولايغـير مـن ذلك أن يكون الحكم في دعوى الحيازة قد فصل في أسـبابه فـي أصل الحق ، لأن قاضى الحيازة ممنوع من التعرض لأصل الحق .

في هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " الحكـم الصـادر في دعوى منع التعرض لايمس أصل الحق فلا حجية له في دعوى الموضوع التى يدور النزاع فيها حول من هو صاحب الحق في ثمار العين محل النزاع ".

(طعن رقم ٤٩ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٧/٦/١٥)

٢- " الحكـم الصادر من محكمة النقض والذى يقضى بنقض حكـم صادر في دعوى استرداد الحيازة التى أقامها المستأجر على مشـترى العيـن المؤجـرة مستندا فيها إلى حيازته للعين وأن هذه الحيازة قد سلبت بالقوة ولا تكون له حجية في الدعوى الموضوعية الـتى أقامهـا المسـتأجر على المشترى مطالبا إياه بالتعويض عن

إخلاله بالتزامه بتمكينه من الانتفاع بالعين المؤجرة وبعدم التصرف له فيها وهو الالتزام الذى يفرضه عليه عقد الإيجار الذى خلف المؤجر لأصلى فيه ، وذلك لاختلاف الدعويين موضوعا وسببا ولأن الحكم الصادرفى دعوى الحيازة لايمس أصل الحق ولايبنى على أساس ثبوته أو نفيه وإنما على أساس توافر الحيازة بشروطها القانونية وعدم توافرها ".

(طعن رقم ٣٦٨ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٨/٣/٢٨)

٣- " الحكم الصادر في دعوى الحيازة لايحوز قوة الأمر المقضى في دعوى الريع والتى تعتبر الملكية عنصرا من عناصرها وذلك لاختلاف الدعويين سببا وموضوعا ، ومن ثم فلا يجوز الطعن بالنقض في الحكم الصادر في هذه الدعوى الأخيرة لمخالفته الحكم الأول، ولايغير من ذلك أن يكون الحكم في دعوى منع التعرض قد فصل في أسبابه في ملكية أرض النزاع وقضى بأنها لاتدخل في مستندات الخصم ، ذلك أن قاضى الحيازة ممنوع من التعرض للملكية ومن بناء حكمه على أساس ثبوتها أو نفيه وكل ما يقرره في شأنها لايحوز أية حجية لدى المحكمة التى يعرض عليها النزاع على أصل الحق أو نزاع متفرع عنه أو مترتب عليه كالنزاع على الريع ومن ثم فلا تتقيد به تلك المحكمة " .

(طعن رقم ٢٦ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٩/٢/١٣)

٤- " المقــرر فــي قضاء هذه المحكمة أن محكمة الموضوع ملــزمه بــأن تكـيف الدعوى وفقا لما تتبينه من وقائعها وأن تنزل عليها وصفها الصحيح في القانون مقيده في ذلك بالوقائع والطلبات المطروحة عليها . ولما كان الطاعن قد أقام دعواه أمام محكمة أول درجــة طالــبا إلــزام المطعون ضدهم بأن يؤدوا له تعويضا قدره عشــرون ألــف جنــيه عن استيلائهم دون وجه حق على الأطيان المبيــنة بالصحيفة وحرمانه من الانتفاع بها والحصول على ريعها استنادا إلى أن هذه الأطيان مملوكه له وأنها آلت له بالشراء ووضع الــيد المــدة الطويلــة فإن التكييف القانونى السليم للدعوى هو أنها أقيمت من الطاعن بطلب تعويضه عن الاستيلاء على أرضه وقيمة الــريع باعتباره مقابل ما حرم من ثماره وذلك على أساس أن هذه الأطــيان مملوكه له وإذ كيف الحكم المطعون فيه الدعوى على أنها تعويض عن الاعتداء على الحيازة وقضى برفضها على أساس من حجــية الحكــم الصادر في دعوى منع التعرض ١٤٤ لسنة ١٩٧٨ كلــى دمــنهور الــذى أقام قضاءه على أن الطاعن لم يكن حائزا لأرض الــنزاع ســنة كاملة قبل حصول التعرض المدعى به وأن واقعة الغصب تنتفى تبعا لذلك في حين أن الحكم الصادر في دعوى مــنع الــتعرض لا يمــس أصل الحق ولايحوز حجية في الدعوى

المطـــروحة والـــتى تعتـــبر الملكـــية عنصرا من عناصرها وذلك لاختلاف الدعويين سببا وموضوعا " .

(طعن رقم ٤١٨ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٧/٥/٢٦)

٥- " قضـــاء الحكـــم الجنائى بالبراءة في جريمة انتهاك حرمة ملـــك الغير . تعرضه لوضع يد الحائز على عين النزاع وسنده في وضـــع يـــده وانتهاؤه إلى أن طرفى الخصومة يحوزان شقة النزاع بالمشـــاركة . أسباب زائدة وغير ضرورية للحكم . أثره . لاحجية لهـــذا الأســـباب أمام القاضى المدنى في خصوص طلب استرداد الحيازة . مؤداه . عدم منعه من بحث توافر شروط تلك الحيازة " .

(طعن رقم ٢٠١ لسنة ٦١ ق جلسة ١٩٩٥/٧/٥)

٦- "الحكـــم الصـــادر في دعوى الحيازة . لايحوز قوة الأمر المقضى في دعوى الملكية لاختلاف الدعويين سبباً وموضوعاً . لا يغير من ذلك تأسيس المدعى في دعوى الحيازة دعواه على الملكية. مـــا يقرره الحكم بشأن توافر الحيازة من عدمه لايقيد المحكمة عند الفصل في أصل الحق . علة ذلك" .

(طعن رقـــم ٢١٨٢ لسنـــة ٥٩ ق جـــلسة ١٩٩٧/٢/٢٦)

الحكم الرابع
تنفيذ الحكم الصادر في دعاوى الحيازة
على مسئولية طالب التنفيذ

١٤٠ـ مضمون الحكم :

رأينا أن الأحكام التى تصدر في دعاوى الحيازة كافة ليست حجة في دعوى المطالبة بالحق لاختلاف الموضوع والسبب. فالقضاء في دعاوى الحيازة يرمى إلى تحديد مركز الخصوم تحديد مؤقتا حماية لصاحب الحق الظاهر ومن المحتمل أن يقضى في أصل الحق بما يخالف الحكم الصادر في دعوى الحيازة وبعد تنفيذه. وبالتالى فإن تنفيذ الحكم الصادر في دعوى الحيازة يجرى تنفيذه على مسئولية طالب التنفيذ فتترتب مسئوليته إذ حكم نهائيا في أصل الحق ضده وثبتت سوء نيته .

وقد أوضحت ذلك محكمة النقض بقولها :

" من المقرر أن الأحكام التى تصدر في دعاوى الحيازة بصفة عامة ليست حجة في دعوى المطالبة بالحق لاختلاف الموضوع والسبب ، بما مفاده أن القضاء في دعاوى الحيازة إنما يرمى تحديد مركز الخصوم تحديدا مؤقتا حماية لصاحب الحق الظاهر وإذ كان من المحتمل أن يقضى في أصل الحق بما يخالف الحكم الصادر في دعوى الحيازة وبعد تنفيذه ، فإن الحكم الصادر في دعوى الحيازة

إنما يجرى تنفيذه على مسئولية طالب التنفيذ فتترتب مسئوليته إذا ما ثبت فيما بعد بحكم نهائى من محكمة الموضوع أن الحق لم يكن في جانـــبه متى كان سيء النية ، وهو يعتبر كذلك منذ إعلانه بصحيفة الدعــوى الموضـــوعية ، لأن هذا الإعلان يتضمن معنى التكليف بالحضـــور لسماع الحكم في الدعوى المذكورة فيعتبر بمثابة إعلان لـــه بعــيوب حيازته مما يزول به حسن النية طبقا للمادة ٩٦٦ من القانون المدنى " .

(طعن رقم ١٢٩ لسنة ٤٧ ق جلسة ١٩٨١/١/٢٨)

مــادة (٩٦٣)

إذا تــنازع أشــخاص متعددون على حيازة حق واحد[1] اعتبر بصفة مؤقتة أن حائزه هو من له الحيازة المادية ، إلا إذا ظهر أنه قد حصل على هذه الحيازة بطريق معيبة .

الشــــرح

١٤١ـ تنازع أشخاص متعددين على حيازة حـق واحد :

تعالج هذه المادة حالة تنازع أشخاص متعددين على حيازة حق واحد، كحيازة حق انتفاع أو سكنى دار معينة ، وجعلت من الحيازة المادية قرينة على الحيازة القانونية ، فمن يحوز منهم الحق افترض أنه يحوزه لحسابه ولنفسه ، وبعبارة أخرى فإن الركن المعنوى في الحــيازة مفترض بمجرد وجود الركن المادى ، فما على الحائز إلا أن يثبــت أنــه حائــز للحــق حيازة مادية ، ومتى أثبت هذا قامت الحيازة المادية قرينة على العنصر المعنوى، وعلى من ينازعه أن يثبت أنه هو الحائز وأن الحيازة المادية هذه إنما كانت لحسابه مثلا، أو كانت غير مقترنة بالعنصر المعنوى [2].

---

(١) اســتبدلت لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ كلمة " حق" بكلمة "شئ" التى كانت واردة بالمشروع التمهيدى .

(٢) مذكرة المشروع التمهيدى مجموعة الأعمال التحضيرية جــ٦ص٤٨٣- عبد المنعم البدراوى ص ٤٢٦ – محمد على عرفه ص ١٢٩ .

والمقصـــود بالحـــيازة الماديـــة ، تلك التى استوفت شروطها القانونية من هدوء وظهور ووضوح .

وواضـــح من المادة أن الحائز المادى يكون حائزا للحق بصفة مؤقتة حتى يبت في أمر الحيازة .

مـــادة (٩٦٤)

مـــن كـــان حائـــزا للحق اعتبر صاحبه حتى يقوم الدليل على العكس .

الشـــرح

١٤٢ـ حيازة الحق قرينة على الملكيـــة :

إذا ثبتـــت الحيازة فإنها تكون قرينة على الملكية ، فيفترض أن الحائـــز مـــالك حتى يقيم من ينازعه الدليل على العكس لذلك كان الحائز مدعى عليه دائما في دعاوى الملكية ، مع أن الحيازة نفسها قد تكون محل شك في ثبوتها .

ومن ثم فإن من يستطيع إثبات الحيازة المادية لنفسه له أن يتخذ مـــنها قريـــنة على الحيازة القانونية ، ثم يتخذ من هذه قرينة على الملكية ذاتها .

وفى هذا تيسير كبير لإثبات الملكية [١].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إذا كان الحكم قد انتهى إلى ما قرره من نفى ملكية حائز الأرض موضـــوع الـــنزاع بأسباب موضوعية سائغة فإنه لايكون

---

(١) مذكرة المشروع التمهيدى مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ٦ ص٤٨٣- محمـــد كامل مرسى ص ٥١ ومابعدها - محمد على عرفه ص ١٢٩ - الدكـــتور عبد الناصر العطار إثبات الملكية بالحيازة والوصية في قضاء محكمة النقض المصرية ص ١٤٤ وما بعدها .

هـــناك محـــل للنعى عليه بالخطأ في فهم أثر القرينة المستفادة من الحـــيازة المنصوص عليها في المادة ٩٦٤ مدنى ، ذلك أن الحيازة مجرد قرينة قانونية على الملك يجوز نفيها ".

(طعن رقم ٢٨٢ لسنة ٢٢ ق جلسة ١٩٥٦/٢/٢)

٢- " مـــتى كان الثابت من مدونات الحكم أن الرهن الحيازى موضوع الدعوى رهن تجارى ، وأن الراهن تاجر قدم الموتورات للبنك الطاعن ضمانا لدينه . وكانت حيازة الراهن للموتورات قرينة قانونـــية على ملكيته لها ، وكان رهنها حيازيا لايتطلب وثيقة رهن خاصة تشتمل على أرقامها وأوصافها لما هو مقرر من جواز إثبات هـــذا الرهـــن سواء بالنسبة للمتعاقدين أو للغير بكافة طرق الإثبات المقبولة في المواد التجارية، عملا بالمادة ٧٦ من قانون التجارة بعد تعديلها بالقانون رقم ٦٥٥ لسنة ١٩٥٤ . إذ كان ذلك ، وكان حسن النـــية يفترض دائما في الحائز إلى أن يقوم الدليل على العكس الذى يقـــع عـــبء إثباته على من يدعيه ، والذى عليه أن يثبت أن الدائن المرتهن كان يعلم وقت إبرام الرهن أو كان في مقدوره أن يعلم أن الراهن غير مالك للشيء المرهون، أو أن ملكيته له مهددة بالزوال، فـــإن اســـتدلال الحكم على سوء نية الطاعن بالقرائن التى أوردها والتى لاتؤدى إلى ما استخلصه منها يكون فاسدا ومخالفا للقانون".

(طعن رقم ٢٢٨ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٣/٤/١٩)

١٤٣- حالـة وجـود علاقـة استخلاف بـين مدعـى الملكـية والحائز:

تكـون الحـيازة قريـنة على الملكية ، إذا لم تكن هناك علاقة اسـتخلاف بين مدعى الملكية والحائز ، أما إذا كان هذا خلفا لذلك، فلا يجوز أن يحتج الخلف على السلف إلا بالاتفاق الذى انتقلت إليه بمقتضـاه الحيازة . فالمستأجر مثلا لايستطيع أن يتخذ من الحيازة المادية قبل المؤجر قرينة على الحيازة القانونية ، ثم من هذه قرينة علـى الملكية ، بل إن عقد الإيجار هو الذى يحدد العلاقة فيما بين المؤجر والمستأجر بالنسبة للحيازة ، فيكون المستأجر بناء على هذا العقـد مجـرد حائز مادى للعين المؤجرة ، ولايجوز له أن يتمسك بالقريـنة الواردة في المادة ٩٥١/٢ ، ٩٦٣ أو القرينة الواردة في المادة ٩٦٤ . ولهذا قضت الفقرة الثانية من المادة ٩٥١ في نهايتها (بعـد أن أوردت القريـنة السـابقة) علـى أنه : إذا كانت الحيازة اسـتمرارا لحيازة سابقة افترض أن هذا الاستمرار لحساب البادئ بها، فمتى تلقى الحائز الشيء عن حائز سابق بمقتضى سند لاينقل إلا الحيازة المادية كإيجار أو وديعة أو عارية أو حراسة افترض أن حـيازته مهمـا طالـت هى حيازة لحساب الحائز السابق (الحائز القـانونى) وعلى هذا الحائز العرضى إذا ادعى أنه يحوز لحساب

نفسه ، أى أنه أصبح حائزا قانونيا أن يثبت ذلك ، بأن يثبت السبب القانونى الذى يستند إليه فى تغيير صفته (١).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنـه :

"ويلاحظ أن الحيازة إنما تكون قرينة على الملكية ، إذا لم تكن هناك علاقة استخلاف بين مدعى الملكية والحائز ، أما إذا كان هذا خلفا لذاك ، فلا يجوز أن يحتج الخلف على السلف إلا بالاتفاق الذى انتقلــت بمقتضـــاه الحيازة ، فالمستأجر مثلا لايستطيع أن يتخذ من الحيازة قبل المؤجر ، قرينة على الحيازة القانونية ثم من هذه قرينة علـــى الملكية ، بل إن عقد الإيجار هو الذى يحدد العلاقة فيما بين المؤجر والمستأجر بالنسبة للحيازة ، فيكون المستأجر بناء على هذا العقد حائزا لا لحق الملكية بل لحق شخصى هو حقه كمستأجر" (٢).

---

(١) عبد المنعم البدرلوى ص ٤٣٧ ومابعدها – محمد كامل مرسى ص٥٢– عبد الناصر العطار ص ١٤٥ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٦ ص ٤٨٣ ومابعدها .

مــادة (٩٦٥)

١- يعــد حســن النية من يحوز الحق وهو يجهل أنه يعتدى على حق الغير ، إلا إذا كان هذا الجهل ناشئا عن خطأ جسيم .

٢- فإذا كان الحائز شخصا معنويا فالعبرة بنية من يمثله .

٣- وحسن النية يفترض دائما ما لم يقم الدليل على العكس .

الشــرح

١٤٤ـ أهمـية التمييـز بـين حسـن النـية وسـوء النـية في الحيـازة :

لــيس للتفرقة بين حسن النية وسوء النية ثمة أهمية في دعاوى الحيازة ، إذ يستوى في الالتجاء إليها أن يكون الحائز حسن النية أو سئ النية .

غــير أن لهذه التفرقة أهمية كبيرة في أحوال أخرى، ومن هذه الأحوال ما يأتى :

١- تكســب الحــيازة واضع اليد ما يقبضه من الثمار إذا كان حسن النية .

فقــد نصت الفقرة الأولى المادة ٩٧٨ مدنى على أن : " يكسب الحائز ما يقبضه من ثمار مادام حسن النية " .

(أنظر شرح المادة ٩٧٨) .

٢- عند استرداد الحائز من المالك المصروفات النافعة التى يكون قد أنفقها على العين ، يختلف الحكم فيما إذا كان حسن النية عما إذا كان النية (م٩٨٠/٢ مدنى).

وسنرى تفصيل ذلك .

٣- تختلف مسئولية الحائز عن هلاك العين التى في حيازته ، طبقا لحسن نيته أو سوئها (مادتان ٩٨٣، ٩٨٤ مدنى) .

(أنظر شرح هاتين المادتين) .

٤- في اعتبار الحيازة سببا للتملك ، يختلف حكم الحيازة بحسن نية اختلافا بينا عن حكم الحيازة بسوء نية . ويظهر ذلك فيما يأتى:

(أ) إذا كان الحائز حسن النية ، فإنه لايتملك العقار بالتقادم أو المنقول إلا بانقضاء خمس عشرة سنة أى بالتقادم الطويل .

(ب) إذا كان الحائز حسن النية ، فإنه يتملك العقار بالتقادم القصير أى بمضى خمس سنوات إذا كان لديه سبب صحيح .

(أنظر في التفصيل شرح المادة ٩٦٩) .

(ج) إذا كان الحائز حسن النية فإنه يتملك المنقول في الحال بمجرد الحيازة إذا كان لديه سبب[1] .

(أنظر في التفصيل شرح المادة ٩٧٦).

---

(١) السنهورى ص ١١٨١ ومابعدها .

١٤٥- متى يعتبر الحـائز حسـن النية ؟

تنص الفقرة الأولى من المادة على أن الحائز يعد حسن النية إذا كان يجهل أنه يعتدى على حق الغير .

فالحائــز إذن لأى حق ، سواء كان حق ملكية أو حق انتفاع أو حق ارتفاق أو حق رهن أو حق مستأجر أو غير ذلك من الحقوق ، يعد حسن النية طالما أنه يجهل أنه يعتدى على حق للغير .

فإذا اشترى شخص عينا من آخر معتقدا أنه المالك وتسلم العين فإنه يحوز حق الملكية ، ويكون في حيازته حسن النية ، مادام يعتقد أنه قد اشترى من المالك ، ولو لم يكن البائع هو المالك فعلا .

ويســرى ذلك على حيازة العين بالإرث أو الوصية أو الهبة ، طالما يعتقد أن المورث والموصى والواهب ما مالكان للعين .

غير أن الحائز قد يجهل أنه يعتدى على حق الغير ، ولكنه مع ذلك يعلم أن حق الذى يحوزه ليس له. ومثال ذلك أن يعتقد شخص أن مــنقولا معيــنا غــير مملــوك لأحد فيحوزه قاصدا أن يتملكه بالاســتيلاء ، فــإذا كــان المــنقول ليس مالا مباحا بل هو مملوك لشخص آخر ، فإن الحائز للمنقول يكون جاهلا أنه في حيازته لهذا المــنقول يعتدى على حق الغير، ولكنه مع ذلك يعرف عند حيازته إياه أنه غير مملوك له . وفى هذه الحالة أيضا يكون حائزا للمنقول وهو حسن النية . فليس من الضرورى في جهل الحائز أن يعتدى

علـــى حـــق الغير، أى يعتقد أن الحق الذى يحوزه هو حق مملوك له[١].

غـــير أن الحائـــز لايكون حسن النية إذا كان جهله بأنه يعتدى على حق الغير ، ناشئا عن خطأ جسيم .

ويـــتحقق الخطـــأ الجسيم إذا كان في مقدور الحائز بشيء من الـــيقظة أو الانتباه في التعامل أو ببعض الجهد في التحرى أن يعلم أن في حيازته اعتداء على حق الغير، أو يعلم – في عبارة أخرى- بـــأن المتصرف ليس مالكا لما تصرف له فيه ، أو بأن الشيء الذى استولى عليه ليس سائباً .

فالمقصود بالخطأ الجسيم الخطأ الواضح الذى لاشك في وجوده.

وعلـــى ذلـــك يعتبر حائزا سيء النية ، بداهة السارق لمنقول ، ومخفـــى الشيء الذى يعلم أنه مسروق ، ومن وجد اللقطة واحتفظ بها لنفسه ، ومشترى العقار مع علمه بأن البائع لايملكه ، والوارث الـــذى يستولى على عين في التركة يعلم أنها ليست ملكا لمورثه ، ومن يجور عمدا على جزء من أرض جاره ويدخله في أرضه .

ويعتبر أيضا سيء النية مشترى المنقول ، الذى لايعلم أنه غير مملـــوك لـــبائعه إذا كان في ظروف شرائه ما يوجب علمه بذلك ، كشخصـــية البائع أو مهنته أو عدم تناسب الثمن الذى دفعه مع قيمة

---

(١) السنهورى ص ١١٨٣ .

المـــنقول الذى اشتراه ، أو ما ذكره له البائع وقت شرائه . وكذلك مشـــترى العقـــار الـــذى لايجرى التحريات المعتادة في المعاملات العقاريـــة ، كبحث سندات ملكية البائع، أو عدم استخراج الشهادات اللازمـــة مـــن مكتب الشهر العقارى ، ثم يظهر أنه لو كان قد قام بذلك لظهر له أن البائع لايملك العقار المبيع أو أنه لايملك فيه سوى حصة شائعة (١).

ويعـــزى ذلك إلى أن الخطأ الجسيم يلحق بسوء النية ، فسوء النـــية أمـــر عسير الإثبات إذ هو يتعلق بالنوايا الخفية فيؤخذ الخطأ الجسيم قرينة عليه وتكون القرينة هناك غير قابلة لإثبات العكس .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"١- يفـــرض فـــي الحائز أنه حسن النية ، أى يعتقد أنه يملك الحق الذى يحوزه ويجهل أنه يعتدى بحيازته على حق الغير، على ألا يكون خطؤه في هذا الجهل جسيما فإن الخطأ الجسيم يلحق بسوء النية تسهيلا للإثبات في مسائل معقدة تتعلق بالنوايا الخفية "(٢) .

---

(١) محمود جمال الدين زكى ص ٥٢٦ ومابعدها .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جــ٦ ص ٤٨٩.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " إن تعرف حقيقة نية واضع اليد عند البحث في تملك غلة العيـن الموجـودة تحت يده هو مما يتعلق بموضوع الدعوى، فمن سـلطة محكمة الموضوع وحدها تقديره ، ولا رقابة لمحكمة النقض علـيها في ذلك متى كان قضاؤها مبنيا على مقدمات من شأنها أن تؤدي إلى النتيجة التى انتهت إليها . فإذا كان الحكم قد أسس انتفاء حسـن النـية لدى واضع اليد (وزارة الأوقاف) على علمها بحجج الوقـف جميعا، وعلى ما كان منها من الاكتفاء بقول موظف لديها فـي شأن هذه الحجج، وعلى وضع يدها على الوقف المتنازع عليه واستغلالها اياه بصفتها ناظرة دون أن تستصدر بهذه النظارة حكما مـن جهـة القضاء ، فلا سبيل للجدل في هذا التقدير لدى محكمة النقض ".

(طعن رقم ٢٧ لسنة ١٢ ق جلسة ١٩٤٣/١/٢٨)

٢- " مفـاد نـص الفقـرة الأولى من المادة ٩٦٥ من القانون المدني أنه يشترط لحسن النية أن يجهل الحائز أنه يعتدى على حق الغير ولايخالجه أى شك في هذا ، كما يجب ألا يرتكب خطأ جسيما في جهله بأنه يعتدى على حق الغير " .

(طعن رقم ٤٤٧ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٨/١٠/٢٩)

١٤٦ـ حالة ما إذا كان الحائز شخصا معنويا :

إذا كان الحائز شخصا معنويا ، سواء كان شخصا معنويا عاما أو خاصا كهيئة عامة أو جمعية أو شركة ، فإن العبرة في اعتباره حسن النية في حيازته بنية ممثل هذا الشخص المعنوى ، سواء كان رئيسا لمجلس الإدارة أو مديرا أو مفوضا أو غير ذلك . فإذا كان ممثل الشخص المعنوى حسن النية ، كان الشخص المعنوى ذاته حسن النية .

وإذا كان جهل ممثل الشخص المعنوى بأنه يعتدى على حق الغير ناشئا عن خطأ جسيم ، فإنه يعتبر سيء النية .

وليس في هذا سوى تطبيق لقاعدة عامة هى أن حسن أو سوء النية ، يقدر في شخص النائب لا في شخص الأصيل ، لأن قوام النيابة حلول إرادة الأول محل إرادة الأخير . ولهذه القاعدة وضوح البديهية إذا كان الأصيل معدوم الإرادة ، لصغر سن أو جنون أو عته ، ولكنها تنطبق أيضا في حالة حيازة الشخص المعنوى .

١٤٧ـ افتراض حسن النية :

تنص الفقرة الثالثة من المادة على أن : " وحسن النية يفترض دائما ما لم يقم الدليل على العكس ".

ومقتضى هذا النص أنه يفترض في الحائز أنه حسن النية ، أى يعتقد أنه يملك الحق الذى يحوزه ويجهل أنه يعتدى بحيازته على

حـــق الغير ، على ألا يكون خطأه في هذا الجهل جسيما . ومن ثم لايكلف الحائز بإثبات حسن نيته .

وللســـبب فـــي افتراض حسن النية في الحائز أن المشاهد في أغلـــب الأحيان أن الشخص الذى يحوز شيئا يكون هو المالك له . والـــذى يستعمل حقا غير حق الملكية يكون هو صاحب هذا الحق. فافترض القانون حسن النية في الحائز أخذا بالغالب الراجح.

غير أنه يجوز لخصمه أن يثبت سوء نيته ، فيكون قد هدم هذا الأصل .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " حسن النية يفترض دائما لدى الحائز إلى أن يقوم الدليل على العكس " .

(طعن رقم ٨٥ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٨/٢/١٥)

٢- " المقـــرر – في قضاء هذه المحكمة- تطبيقا لنص الفقرة الثانـــية من المادة ٩٦٥ من القانون المدنى والفقرة الثانية من المادة ٩٦٩ مـــن هذا القانون أن حسن النية يفترض دائما ما لم يقم الدليل علـــى العكس وأن مناط سوء النية المانع من اكتساب الملك بالتقادم الخمســـى هـــو ثـــبوت علـــم التصـــرف إليه وقت تلقى الحق بأن المتصرف غير مالك لما يتصرف فيه " .

(طعن رقم ٢٢٤ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٧/١١/٢٦)

٣- " المقــرر فــي قضاء هذه المحكمة أن حسن النية يفترض دائما ما لم يقم الدليل على العكس ، ولن لقاضى الموضوع السلطة الــتامة فــي استخلاص حسن النية وسوئها من مظانها في الدعوى وممــا يستشــفه من ظروفها وملابساتها متى كان استخلاصه سائغا ومستندا إلى وقائع ثابتة بالأوراق " .

(طعــون أرقام ١٠٢٦ ، ١١٣٠ ، ١١٧٩ لسنة ٦٠ق جلسة ١٩٩٢/١/٢٦)

علــى أن القــانون قد ينص استثناء في حالات معينة على عدم افتراض حسن النية في الحائز وتكليفه هو بإثبات حسن نيته ، ومثل ذلــك مــا تنص عليه الفقرة الأولى من المادة ٩٥٥ مدنى من أن : "تنتقل الحيازة للخلف العام بصفاتها ، على أنه إذا كان السلف سيء النــية وأثبــت الخلف أنه كان في حيازته حسن النية ، جاز له أن يتمسك بحسن نيته " . ومفاد ذلك أن الحيازة تنتقل من السلف سيء النــية إلى خلفه العام بذات الصفة ، ولم يفترض النص في الخلف حسن النية ، بل اعتبره سيء النية كمورثه حتى يثبت حسن نيته .

(راجع شرح المادة ٩٥٥ مدنى) .

١٤٨- إثبات سوء نية الحائز :

يجوز لصاحب الحق إثبات أن حائز الحق سيء النية، أى إثبات أنــه كــان لايجهل أنه يعتدى على حقه ، أو كان يجهل ذلك نتيجة

خطـــأ جســـيم منه . ومحل الإثبات هنا واقعة مادية يجوز لصاحب الحق إثباتها بكافة طرق الإثبات القانونية بما فيها البينة والقرائن .

ومـــن القرائـــن القضـــائية على سوء نية الحائز ، أن يكون قد اشـــترى أرضا معلومة الحدود ، ومع ذلك يجاوز حدودها الظاهرة عند تسلمه الأرض من البائع .

ومن القرائن القضائية على إمكان علم الحائز بأن الشيء مملوك لشـــخص آخـــر ، أن يشـــترى هذا الشخص الشيء محل الحق من شخص معروف بسوء السيرة وقد اعتاد ارتكاب السرقات ، رغم أن الشيء كبير القيمة بحيث يستبعد أن يكون مملوكا لهذا الشخص[1].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" وإذا أريد إثبات أن الحائز سيء النية وجب إقامة الدليل على أنه يعلم بأنه لايملك الحق الذى يحوزه أو أنه كان يجهل ذلك ثم علم فزال حسن نيته إلخ "[2] .

١٤٩ـ الفصل فـى توافـر حسـن النـية مـن عدمـه مسألة موضوعية:

الفصـــل في توافر حسن نية الحائز وانتفاء سوء نيته من مسائل الواقـــع الـــتى يستقل قاضى الموضوع بتقديرها ، ولايخضع حكمه لرقابة محكمة النقض متى كان استخلاصه سائغا .

---

(١) السنهورى ص ١١٨٩ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٦ ص ٤٨٩.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " بحســب المحكمة أن تبين في حكمها الحقيقة التى اقتنعت بها وأوردت دليلها وهى بعد غيرملزمة أن تتبع الخصوم في مناحى أقوالهــم ومختلف حججهم وأن ترد استقلالا على كل قول أو حجة أثاروهــا في دفاعهم فإذا كانت المحكمة قد نفت حسن نية الطاعنة فــي قبض ما قبضته من ريع حصة في وقف بما قالته من أن هذه الطاعــنة لم تنكر أنها كانت خصما في النزاع على هذا الاستحقاق وأنها حضرت الجلسات التى نظرت فيها الدعوى بشأن هذا النزاع حــتى انــتهى بحكم نهائى ، وأن الحكم الذى استندت إليه في بيان حسن نيتها لا قيمة له في هذا الصدد لصدوره بعد الحكم الفاصل في الاســتحقاق الذى كان متنازعا عليه ، فضلا عن أن محكمة النقض قــد قضت بإلغائه فزال بذلك كل ما ترتب عليه من آثار فذلك كاف لحمل ما قضت به من انتفاء حسن النية ولا مخالفة فيه القانون" .

(طعنان رقما ١٢٥ لسنة ١٩ق و ٣٧ لسنة ٢٠ق جلسة ١٩٥٢/١/٣)

٢- " لقاضى الموضوع سلطة تامة في استخلاص حسن النية وســوئها مــن مظانهــا فــي الدعــوى ومما يستشفه من ظروفها وملابســاتها استخلاصــا قائمــا على أسباب مسوغة وكافية لحمل قضائه من عدم استفادة البائع من التقادم الخمسى " .

(طعن رقم ٤٣٣ لسنة ٢٢ ق جلسة ١٩٥٦/٥/٣١)

٣- " الفصل في توافر حسن نية الحائز وانتفاء سوء نيته من مســـائل الواقـــع التى يستقل قاضى الموضوع بتقديرها ، ولايخضع حكمه لرقابة محكمة النقض متى كان استخلاصه سائغا " .

(طعن رقم ٢٢٤ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٧/١١/٢٦)

مـادة (٩٦٦)

١- لا تزول صفة حسن النية لدى الحائز إلا من الوقت الذى يصبح فيه عالما أن حيازته اعتداء على حق الغير .

٢- ويـزول حسن النية من وقت إعلان الحائز بعيوب حيازته فـي صـحيفة الدعـوى ، ويعد سيء النية من اغتصب بالإكراه الحيازة من غيره .

الشرح

١٥٠ـ زوال صفة حسن النية :

تنص الفقرة الأولى من المادة على أن لا يزول حسن النية لدى الحائـز إلا من الوقت الذى يصبح فيه عالما أن حيازته اعتداء على حق الغير.

ومقتضـى هـذا النص أن الحائز إذا كان حسن النية وقت بدء حـيازته ، يصـبح سيء النية من الوقت الذى يصبح فيه عالما أن حيازته اعتداء على حق الغير .

وقـد نصـت الفقرة الثانية من المادة على حالتين يصبح فيهما الحائز حتما سيء النية ولو كان يعتقد أن له حقا في الحيازة هما:

الحالة الأولى :

إذا أعلـــن الحائز في صحيفة دعوى الحق بعيوب حيازته وبأن الحـــق الـــذى يحوزه ليس له ومطلوب منه رده إلى صاحبه . لأن إعلانه بذلك لابد أن يثير في نفسه شيئا من الشك في حسن نيته .

فـــإذا قضـــى في الدعوى برفضها تأسيسا على أن الحق الذى يحوزه هو له ، فلا يثار في هذا الفرض مسألة سوء نية الحائز لأن المدعى لن يحصل منه على هذا الشيء .

أما إذا قضى لصالح المدعى تأسيسا على أنه صاحب الحق في الحيازة دون الحائز ، فإن الحائز يعتبر سيء النية من تاريخ إعلان صحيفة الدعوى ، وتجرى معاملته على هذا الأساس فيكون مسئولا مـــن وقت إعلانه بصحيفة الدعوى عن جميع الثمار التى قبضها أو قصـــر فـــي قبضها ، غير أنه يجوز له أن يسترد ما أنفقه في إنتاج هذه الثمار (م ٩٧٩ مدنى) .

وإعلان صحيفة الدعوى هو إجراء لاحق على إيداع صحيفتها قلم الكتاب ، والذى يتحقق به رفع الدعوى (م٦٢ مرافعات) .

وإن كان يترتب على رفع الدعوى قطع مدة التقادم أو السقوط ، إلا أن اعتـــبار الحائـــز ســـيء النية لايتحقق إلا من تاريخ إعلانه بصحيفة الدعوى .

وإذا كـــان الحائـــز لم يعلن بصحيفة الدعوى ، ولكنه مثل أمام المحكمـــة – فـــنرى أنـــه يعتبر سيء النية من تاريخ حضوره أمام المحكمة .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" .... علـــى أن حســـن نيـــته يزول حتما من وقت إعلانه في عريضة الدعوى بأنه لايملك الحق الذى يحوزه .... الخ " [١].

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " وإذ كـــان مـــن المقـــرر أن الحائز يعتبر سيء النية من الوقـــت الـــذى يعلم فيه بعيوب سند حيازته ، وهو يعتبر كذلك من تـــاريخ إعلانـــه برفع الدعوى عليه في خصوص استحقاق العقار. وحسن النية يفترض دائما في الحائز حتى يقدم الدليل على العكس . وكـــان الثابـــت أن المطعـــون عليهم أقاموا الدعوى ضد الطاعنين الثانى،والثالث بطلب الريع سنة ١٩٧٢، وقد تمسك الأخيران بأنهما حائـــزان لأرض الـــنزاع بحسن نية بموجب العقد المسجل رقم.... الصـــادر لهما من الطاعنة الأولى ، فقد كان مقتضى ذلك إلزامهما بالـــريع مـــن تاريخ إعلانهما برفع الدعوى وهو الوقت الذى يعتبر الحائز فيه سيء النية بعلمه بالعيب اللاصق بسند حيازته ، غير أن الحكـــم المطعـــون فـــيه قضى بإلزامهم بالريع عن الفترة من سنة

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ٦ ص ٤٨٩ .

١٩٦٩ حتى تاريخ إعلان صحيفة الدعوى الابتدائية ، دون أن يبين فـي أسبابه كيف أفاد استخلاص سوء النية وعلم الطاعنين بالعيب اللاصـق بسـند استحقاقهم خلال هذه الفترة ، ودون أن يرد على دفـاعهم فـي هذا الخصوص وهو دفاع جوهرى قد يتغير به وجه الـرأى في الدعوى . لما كان ذلك ، فإن الحكم المطعون فيه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون وعابه القصور في التسبيب " .

(طعن رقم ١٠٦٨ لسنة ٤٧ ق جلسة ١٩٨١/٤/٧)

٢- " إن الحائـز حسـن النية يتحول عملاً بالمادة ١/٩٦٦ من هـذا القانون (القانون المدنى) إلى حائز سيء النية من الوقت الذى يصبح فيه عالماً أن حيازته اعتداء على حق الغير ".

(طعن رقم٣٤٨٥ لسنة ٧١ ق جلسة ٢٠٠٢/١٠/٢٢- لم ينشر بعد)

أمـا إذا انتهت الدعوى بالحكم بعدم قبولها لرفعها بغير الطريق القـانونى أو بـترك الخصومة أو بسقوطها أو انقضائها فإن الأثر المسـتمر من إعلان صحيفتها يزول ولايعتد به في مقام إثبات سوء النية .

الحالة الثانية :

إذا كـان الحائـز قد اغتصب الحيازة بالإكراه من غيره . ولو كـان يعتقد أن الحق الذى اغتصب حيازته هو حقه ، لأنه حتى لو اعتقد أن الحق حقه فما كان ينبغى أن يغتصب حيازته بالإكراه ، بل

كان الواجب أن يلجأ إلى الوسائل القانونية لاسترداده . منعا للأفراد من أخذ حقوقهم بأنفسهم وإلقاء الاضطراب في السلام العام. ولذلك فقد اعتبر الحائز في هذه الحالة حائزا سيئ النية ويعامل معاملة سئ الحائز النية .

وإذا كان الحائز قد اغتصب الحيازة بالإكراه معتقدا أنه صاحب الحق فيها، ثم ظهر من الدعوى التى ترفع عليه أن الشيء مملوك له فعلا ، فلن يرجع عليه المدعى بشيء ولاتثار مسألة سوء نيته(١).

وهذا لايخل بحق الحائز السابق الذى اغتصب حيازته في رفع دعوى استرداد الحيازة طبقا لشروطها ، وبحقه في المطالبة بالتعويض عن الإكراه الذى وقع على حيازته طبقا للقواعد المسئولية التقصيرية .

---

(١) محمود جمال الدين زكى ص ٥٢٨ ومابعدها – المستشار الدكتور محمد شتا أبو سعد التقنين المدنى الجزء الرابع ص ٨٨٥ .

مــادة (٩٦٧)

تبقى الحيازة محتفظة بالصفة التى بدأت بها وقت كسبها ، ما لم يقم الدليل على عكس ذلك .

الشـــرح

١٥١ـ احتفاظ الحيازة بالصفة التى بدأت بهـا :

تبقى الحيازة محتفظة بالصفة التى بدأت بها وقت كسبها ، ما لم يقـم الدلـيل على عكس ذلك ، أى يقوم الدليل على أنها صفتها قد تغيرت .

فــإذا بدأت الحيازة مقترنة بحسن النية ، فرض استمرار حسن النية مقترنا بالحيازة حتى يثبت من يدعى عكس ادعاءه .

وإذا ثبــت أن الحائــز سيء فرض استمرار سوء النية مقترنا بالحيازة حتى يثبت من يدعى العكس ادعاءه .

ولايشترط في تغيير صفة الحيازة قيام أحد السببين الذين تتغير بهما الحيازة العرضية فتتحول إلى حيازة أصيلة . وهما فعل يصدر مــن الغير ومعارضة الحائز لحق المالك بل يكفى إقامة الدليل على تغير صفة الحيازة أو على زوال العيب .

وهذا الحكم ليس سوى تطبيق للمبادئ العامة في الإثبات، التى تقضى بأن الأصل بقاء الوضع المكتسب (١).

---

(١) محمود جمال الدين زكى ص ٥٢٩ .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" وتـبقى الصفة التى اقترنت بها الحيازة حتى يقوم الدليل على أنها تغيرت فإذا بدأت الحيازة مقترنة بحسن النية ، فرض استمرار حسن النية مقترنا بالحيازة حتى يثبت من يدعى عكس دعواه "[١].

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٤٨٩ .

آثار الحيازة : التقادم المكسب :

مـــادة (٩٦٨)

من حاز منقولا أو عقارا دون أن يكون مالكا له ، أو حاز حقا عينيا على منقول أو عقار دون أن يكون هذا الحق خاصا به، كان لــه أن يكســب ملكية الشيء أو الحق العينى إذا استمرت حيازته دون انقطاع خمس عشرة سنة .

الشـــرح

١٥٢ـ الأساس الذى يقوم عليه التقادم :

قد يبدو لأول وهلة أن التقادم ينافى العدالة والأخلاق ، فهو إن كـــان مكسبا – كالحالة الراهنة – يجعل الغاصب مالكا بعد حيازته للشـــيء مدة معينة . وإن كان مسقطا يبرئ المدين إذا سكت الدائن عـــن مطالبته مدة معينة ، مع أن مضى الزمن ليس من شأنه بحكم طبيعة الأشياء أن يخلق حقا أو يسقط دينا .

ورغـــم ذلـــك فـــإن نظام التقادم يستند إلى اعتبارات من القوة والأهمية بحيث جعلت معظم الشرائع تأخذ به منذ القدم .

وقـــد قال البعض في تفسير التقادم إنه يعتبر قرينة على النزول عـــن الحق . فمن يترك ملكه في يد الغير مدة معينة ، ومن يسكت عـــن المطالبة بدينه مدة معينة ، يفترض فيه أنه نزل عن حقه . مع أن الـــنزول لايفـــترض، ولو صح هذا الافتراض لكان لمن يسرى

التقادم ضده أن يدحضه بالدليل العكسى، وهو أمر لايجوز . وقال البعض الآخر في تفسير التقادم المكسب أنه يعتبر قرينة على الحق.

وقيل في تفسير التقادم المسقط إنه يعتبر قرينة على الوفاء . مع أن إثبات العكس في الحالين لايجوز .

ويذهب الرأى الغالب إلى أن رد التقادم إلى اعتبارات فردية من هذا القبيل تفسير غير صحيح . ذلك أن التقادم يقوم على أساس اعتبارات عامة تتصل بالصالح العام للمجتمع بأسره . فهو يستند إلى ضرورة اجتماعية تجعله ألزم ما يكون لنظام المجتمع ، حيث يتعين أن يوضع حد للمنازعة في أمر معين ، وبدون ذلك لايمكن لأحد أن يطمئن إلى بقائه مالكا أو إلى براءته من دين كان عليه .

فلو أن للشخص أن يطالب بحقه مهما مضى من زمن على قعوده عن هذه المطالبة لأدى ذلك إلى زعزعة في المراكز القانونية واضطراب دائم في المعاملات، الأمر الذى يبعث الفوضى ويقوض النظام الاجتماعى (١).

كما أن التقادم المكسب يحل إشكالا كبيرا في الإثبات وعلى الأخص إثبات حق الملكية فيساعد بذلك على حماية الحق نفسه ، ففى البلاد التى لايوجد فيها سجل عينى يكون القيد فيه ذا دلالة مطلقة على الملكية والحقوق العينية الأخرى يصبح التقادم المكسب

---

(١) عبد المنعم الصده ص ٥٧٣ – محمد وحيد الدين سوار ص ٦٣١ .

ضـــرورة لا مـــندوحة عـــنها في إثبات هذه الحقوق ذلك أن إثبات الملكـــية يقتضى إقامة الدليل على السند الذى آلت به إلى المالك، ثم إن هـــذا السند لايؤدى إلى كسب الملكية ، إلا إذا كان قد صدر من مـــالك حقـــيقى . فيجب إثبات سند ملكية السلف وهكذا يجب إثبات سندات السلف وسلف السلف .

وظاهـــر أن تتـــبع ســـندات الملكية على هذا النحو هو عبء لايطاق إن لم يكن مستحيلا .

وأمـــام هـــذه الصعوبات ، كان لابد من اعتماد نظام التقادم . وحسب المالك في ظله أن يثبت أن حيازته هو ، أو حيازته منضمه إلـــى حـــيازة أســـلافه قد استمرت المدة المحددة في القانون للتملك بالـــتقادم ، وعندئذ لا يكون للآخرين عليه من سبيل فهو يستطيع أن يعتصم بنظام التقادم (١).

وبالإضافة إلىما تقدم فثمة اعتبار اقتصادى يسوغ نظام التقادم ، ذلـــك لأن مصـــلحة الاقتصـــاد القومـــى تقتضى إيثار الحائز الذى يحرص على استعمال الشيء واستغلاله بشروط معينة على المالك الذى يقعد عن هذا الاستغلال .

وإذا كـــان التقادم المكسب يمكن أن يكون سندا للمغتصب ، فإن ذلـــك لايتحقق إلا في حالات نادرة ، والمالك في مثل هذا الحالات

---

(١) السنهورى ص ١٣٥٣- محمد وحيد الدين سوار ص ٦٣١ ومابعدها .

لايـــنجو مـــن المسئولية فقد أهمل في حقه بعد أن أتاح له المشرع فرصة كافية للسعى إليه . ولئن كان نظام التقادم يؤدى في الأحوال القليلة إلى ما ينافى العدالة . فقد قدر المشرع أن نفعه أكبر من إثمه وأن مـــزاياه الـــراجحة فـــي استقرار المراكز القانونية، وفى حماية المجـــتمع ، تسوغ إلى حد كبير التضحية ببعض المصالح الخاصة المرجوة[1].

وقـــد ذهبـــت محكمة النقض إلى أن الأساس التشريعى للتملك بالـــتقادم الطويـــل هـــو قيام قرينة قانونية قاطعة على توافر سبب مشروع للتملك .

إذ قضت بأن :

١- " الأســـاس التشريعى للتملك بالتقادم الطويل هو قيام قرينة قانونية قاطعة على توافر سبب مشروع للتملك لدى واضع اليد ... الخ " .

(طعن رقم ١٧٥ لسنة ١٧ ق جلسة ١٩٤٩/١٢/٨)

٢- " إن الأســـاس التشـــريعى للتملك بمضى المدة الطويلة هو قـــيام قريـــنة قانونـــية قاطعة على توافر سبب مشروع للتملك لدى واضع اليد ... الخ ".

(طعن رقم ١٢٢ لسنة ٢٦ ق جلسة ١٩٦١/١٠/٢٦)

---

(١) محمود جمال الدين زكى ص ٥٤٦- محمد وحيد الدين سوار ص٦٣٢.

٣- " الأساس التشريعى للتملك بالتقادم الطويل- على ما جرى بـــه قضاء هذه المحكمة – هو قيام قرينة قانونية قاطعة على توافر ســـبب مشـــروع للـــتملك لدى واضع اليد فمتى استوفى وضع اليد الشروط القانونية التى تجعله سببا مشروعا جاز لصاحبه- أيا كان- الـــتملك . ولايحـــول دون ذلك التزامه بضمان التعرض أو بالوفاء للوقف (في حالة الوقف) لأن التقادم سبب قانونى للتملك لاعتبارات تـــرجع إلى وجوب استقرار التعامل ويستطيع غير المالك ولو كان ملـــتزما بالضـــمان أن يـــتملك بهذا السبب لأنه ليس في القانون ما يحرمه من ذلك ".

(طعن رقم ١٢٥ لسنة ٢٦ ق جلسة ١٩٦١/١٢/٢٨)

١٥٣ـ الحقوق التى تكسب بالتقادم :

الحقـــوق العينـــية التى يجوز كسبها بالتقادم هى الحقوق العينية الأصلية، وهى الملكية وحق الانتفاع وحق الاستعمال وحق السكنى، وحقوق الارتفاق .

وكذلـــك الحقوق العينية التبعية التى تستلزم حيازة الدائن للشيء المحمـــل بالحق كالرهن الحيازى ، ذلك أن المرتهن وإن كان يعتبر بالنسبة لحق الملكية حائزا عرضيا مما لايستطيع معه تملك المرهون مهمـــا طالت مدة وضع يده مالم يغير سبب حيازته وفقا القانون، إلا أنـــه يعتـــبر حائزا قانونيا بالنسبة إلى حق الرهن لأنه يحوز الشيء

بنية كسب حق الرهن عليه [١]. ويترتب على ذلك أنه إذا كان المرهون منقولا غير مملوك للراهن استطاع الدائن المرتهن أن يكتسب حق الرهن بمجرد حيازته تطبيقا لقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية. وإذا كان المرهون عقارا غير مملوك للراهن، استطاع المرتهن أن يكسب حق الرهن عليه بالتقادم الطويل أو القصير حسب الأحوال .

١٥٤ـ كسب الملكية بالتقادم يسرى على المنقول :

يجوز كسب الملكية بالتقادم في المنقول كالشأن في العقار . ولاينال من ذلك أنه يمكن تملك المنقول بالحيازة ، لأن محل ذلك أن تكون الحيازة مقترنة بحسن النية ومصحوبة بالسبب الصحيح. أما إذا لم تقترن الحيازة بحسن النية أو لم تكن مصحوبة بالسبب الصحيح، فالمنقول يحوز اكتساب ملكيته بالتقادم كالعقار تماما [٢].

---

(١) السنهورى ص ١٣٦٢- المستشار محمد عبد اللطيف في التقادم ص ٣٦٢ – محمد وحيد الدين سوار ص ٦٣٣ ومابعدها- عبد المنعم الصده ص ٥٧٧- محمود جمال الدين زكى ص ٥٤٨ – وعكس ذلك محمد كامل مرسى ص ٤٠٢ فيرى أن حق الرهن الحيازى لايكتسب بالتقادم.

(٢) السنهورى ص ١٣٦١ – محمود جمال الدين زكى ص ٥٤٧- منصور مصطفى منصور ص ٤٠٣- وحال مناقشة مشروع القانون المدنى الجديد في لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ " اقترح بعض حضرات مستشارى محكمة النقض حذف كلمة "منقول" الواردة بالمادة ٩٦٨ لأن التقادم المكسب غير لازم إلا في العقار وقد جرى قضاء محكمة النقض

على أن الحيازة بشروطها ومدتها هى من وجهة النظر الفقهية الصحيحة قريــنة قانونــية قاطعة على ثبوت الملك للحائز لاسببا لاكتساب الملك وقــررت ثبوت هذه القرينة للوقف مثل غيره من الأشخاص الاعتباريين ولذلــك اقترح حضراتهم – في مناسبة وضع تقنين جديد– حذف التقادم المكســب من بين أسباب اكتساب الملكية وإضافته إلى باب الإثبات بين القرائن القانونية القاطعة .

وقد اعترض الدكتور بغدادى على هذا الاقتراح قائلا . إن تملك المنقول وكســب الحقــوق العينــية علــيه بالتقادم المكسب لم يكن في وقت من الأوقــات محــل شــك أو خــلاف . وبعد مناقشة لم تأخذ اللجنة بهذا الاقتراح".

ولــم تر اللجنة الأخذ بالجزء الأول من هذا الاقتراح لأن المقصود تملك المنقول بالتقادم بالمدة الطويلة في حالة ما إذا كان الحائز سيء النية.

وفى هذا يستوى العقار والمنقول ، وبديهى أن قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية لاتنطبق على هذه الحالة (وقد نص على ذلك في المادة٩٧٧).

أما فيما يتعلق بالجزء الثانى من هذا الاقتراح فإن اللجنة لم تأخذ به لأن الفكرة في هذه الملاحظة خطأ لأن هذه المسألة محلها الإثبات وفى الواقع أن هــذه الملاحظة هى نظرة فقهية والوضع الصحيح لها هو ما نصت عليه المادة ".

ثم جاء بملحق تقرير اللجنة :

" اقــترح حذف كلمة "منقول" الواردة في المادة ٦٨ لأن التقادم المكسب غــير لازم إلا في العقار – ولم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح لأن تملك المنقول وكسب الحقوق العينية عليه بالتقادم المكسب لم يكن في وقت من الأوقات محل شك أو خلاف .

واقترح حذف التقادم المكسب من بين أسباب كسب الملكية وإضافته إلى بــاب الإثــبات بين القرائن القانونية القاطعة لأن قضاء محكمة النقض جرى على أن الحيازة بشروطها ومدتها قرينة قاطعة على ثبوت الملك .

١٥٥ـ اكتساب الملكية بالتقادم لايرد على الحقوق الشخصية :

لايرد التقادم المكسب إلا على الحقوق العينية القابلة للحيازة. أما الحقوق الشخصية فلا تكتسب بالتقادم [١]، حتى لو كانت قابلة للحيازة ، كما هو الشأن في حيازة المستأجر . فحيازة المستأجر لاتؤدى إلى كسبه الملكية بالتقادم ، وإن كانت تجيز له رفع دعاوى الحيازة جميعا .

وقد ذكرنا سلفا أن من الحقوق الشخصية ما تتجسد في سنداتها وتصبح هى والسند شيئا واحدا، وهذه هى السندات لحاملها فهذه

واقترح للأسباب عينها أن تنقل الفقرة الأولى من المادة ٩٧١ إلى باب الإثبات وأن تحذف الفقرة الثانية وينص على أن القرينة القانونية تثبت للوقف كما تثبت لغيره- من الأشخاص الاعتباريين- ولم تر اللجنة الأخذ بهذين الاقتراحين لأنها آثرت أن يحتفظ المشروع بالطابع التقليدى في هذه الناحية لأنه يجنب التقنين حرج الفصل في مسائل ينبغى أن يظل الاجتهاد فيها طليقا من كل قيد . على أنه لو صح وجوب إضافة جميع القرائن القاطعة إلى باب الإثبات لامتلأ هذا الباب بمسائل لم تجر العادة أن يتضمنها ، ويكفى أن يشار في هذا الصدد إلى مسئولية المتبوع عن التابع وإلى المسئولية عن الحيوان " .

(محضر الجلسة الخامسة والستين) – وقد وافق المجلس على المادة كما أقرتها اللجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٦ ص ٤٦٢ ومابعدها).

(١) السنهورى ص ١٣٦٢ – محمد على عرفه ص ٢٣٠- محمد وحيد الدين سوار ص ٦٤١ .

تعامل معاملة المنقول المادى ومن ثم يحوز كسبها بالتقادم المكسب الطويل بالرغم من أنها حقوق شخصية [١].

علـــى أن للتقادم أثر سلبى يظهر في نطاق الحقوق الشخصية، فهــو يــؤدى إلى سقوطها بمضى المدة على إهمال المطالبة بها ، وهذا هو التقادم المسقط .

١٥٦ـ الـتقادم يــرد عــلى الحقوق العينية القابلة للتعامل فيها والقابلة للحيازة :

لاتكتسب ملكية الحقوق العينية بالتقادم ، إلا إذا كان العقار أو المنقول قابلا للتعامل فيه ، لأن ما لا يقبل التعامل فيه لاتنتقل ملكيته ومـــن ثم لايجوز تملكه بالتقادم . والشيء لايكون قابلا للتعامل فيه إذا كانــت طبيعــته أو الغرض الذى خصص له يأبى ذلك . أو إذا كان التعامل فيه غير مشروع .

وقد عرضنا لذلك تفصيلا عند تناولنا مجال الحيازة فنحيل إليه فـــي ذلــك ، كما سنعرض لبعض المسائل الأخرى التى تتعلق بهذا الأمر في موضعه من الكتاب .

راجع بند (٦) .

(١) السنهورى ص ١٣٦٢.

شـــروط اكتساب الملكيـــة
بالتقادم الطويل

١٥٧ـ تعداد :

يشـــترط لاكتســـاب ملكية العقار والمنقول بالتقادم الطويل أى بمضى خمس عشرة سنة توافر شرطين هما :

١- الحيازة القانونية.

٢- استمرار الحيازة القانونية دون انقطاع خمس عشرة سنة.

ونعرض لهذين الشرطين تفصيلا فيما يلى .

(الشرط الأول)
(الحيازة القانونية)

١٥٨ـ مضمون الشرط :

يشـــترط لاكتســـاب حق الملكية والحقوق العينية الأخرى على العقـــار أو المـــنقول – بالتفصيل السابق – أن توجد حيازة قانونية للحائز ، أى حيازة يتوافر فيها الركنان المادى والمعنوى .

ويجـــب أن تكون هذه الحيازة خالية من العيوب ، وهى الإكراه والخفـــاء واللبس . أما الحيازة المادية وحدها فلا تؤدى إلى اكتساب الملكية بالتقادم .

وقـــد ســـبق أن عرضـــنا لعنصرى الحيازة بالتفصيل وعيوب الحيازة عند تناول الحيازة فنحيل إليه في ذلك .

(راجـــع بنـــود ١٧ وما بعده) .

(الشرط الثانى)
(استمرار الحيازة دون انقطاع خمس عشرة سنـــة)

(أنظر في هذا الشرط وكل ما يتعلق بالمدة شرح المادة) .

١٥٩ـ التقادم سبب مستقل لاكتساب الملكية :

إذا توافــر شــرطا الحيازة القانونية ، فإن الحائز يكتسب حق الملكية أو الحق العنيى بالتقادم .

فالتقادم سبب مستقل لكسب الملكية مستقلا عن غيره من أسباب كسب الملكية .

فالملكـــية وإن كانـــت حقا دائما لايسقط أبدا عن المالك ولو لم يســتعمل هــذا الحق ، إلا أن من حق الغير كسب هذه الملكية إذا توافرت الحيازة الصحيحة بالشرائط التى استلزمها القانون .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إنـــه وإن كانت الملكية حقا دائما لايسقط أبدا عن المالك، إلا أن مـــن حـــق الغـــير كسب هذه الملكية إذا توافرت له الحيازة الصحيحة بالشرائط التى استلزمها القانون " .

(طعن رقم ١١١ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧٠/٥/١٢)

٢- " وضع اليد المدة الطويلة إذا توافرت فيه الشروط القانونية يعد بذاته سببا لكسب الملكية مستقلا عن غيره من أسباب اكتسابها".

(طعن رقم ٥٥٧ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٧٥/١/١٤)

٣- " لئـــن كان كسب الملكية بالتقادم الطويل المدة يعتبر بذاته ســـببا قانونـــيا مســـتقلا يسرى على الكافة إلا أنه يعتبر من مسائل الواقع التى يستقل بتقديرها قاضى الموضوع " .

(طعن رقم ٧٦ لسنة ٥٦ ق جلسة ١٩٩٠/٥/٢)

٤- "المقرر طبقا لنص المادة ٩٦٨ من القانون المدنى – وعلى مـــا جرى به قضاء هذه المحكمة- أن وضع اليد المدة الطويلة إذا توافـــرت فيه الشروط القانونية يعد بذاته سببا لكسب الملكية مستقلا عـــن غيره من أسباب اكتسابها ، ويعفى واضع اليد الذى يتمسك به من تقديم الدليل على مصدر ملكيته وصحة سندها ".

(طعن رقم ٢٣٨٤ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٩٠/١١/١٥)

٥- " المقـــرر أن الحـــيازة مـــتى توافـــرت لها الشرائط التى اســـتلزمها القانون واستمرت مدة خمس عشرة سنة تعد بذاتها سببا لكسب الملكية مستقلا عن غيره من أسباب اكتسابها " .

(طعن رقم١٣٦ لسنة ٥٧ ق " هيئة عامة" جلسة ١٩٩٦/١/٢)

٦- ورود العقـــار المـــراد تملكه بالتقادم ضمن تكليف أو عقد مسجل باسم المدعى عليه لايحول دون قيام الحيازة المكسبة للملكية بالـــتقادم الطويـــل إذا مـــا استكملت مدتها وشروطها القانونية دون معارضة منه للحائز يجابه بها تلك الحيازة " .

(طعن رقم ٣١٥٦ لسنة ٦٧ ق جلسة ١٩٩٨/١٢/٢)

٧- " القضـــاء بالملك لوضع اليد المدة الطويلة المكسبة للملكية لايحـــتاج إلى استظهار السبب المشروع الذى يستند إليه في وضع يـــده وإنمـــا يكفـــى في هذا الصدد أن تتوافر لوضع اليد الحيازة المستوفاة لشرائطها القانونية سواء استند الحائز إلى سبب في وضع يـــده أم تحـــررت يده من سبب يبرر حيازته ومن ثم فإن عدم تقديم أصل عقد البيع (المستند إليه في شرعية وبداية وضع اليد) ليس من شأنه نفى وضع اليد وعدم توافر شرائطه ".

(طعن رقم ٤٠٠ لسنة ١٧ ق جلسة ١٩٩٨/١١/٢٤- لم ينشر)

١٦٠ـ جواز تملك الحصة الشائعة بالتقادم :

ذكرنا عند تناول الحيازة ، أن الحيازة يمكن أن ترد على حصة في عقار شائع ، وبالتالى فإنه يجوز تملك الحصة الشائعة بالتقادم ، ونحيل إلى ما ذكرناه في الحيازة في ذلك .

(راجع بند ١٦) .

١٦١ـ إثبات وضع اليد المكسب للملكية :

وضـــع اليد المكسب للملكية واقعة مادية ، ومن ثم يجوز إثباتها بكافـــة طرق الإثبات القانونية – بما فيها البينة والقرائن- وللمحكمة أن تســـتند في ذلك إلى تقارير الخبراء ولو كانت مقدمة في دعاوى أخـــرى مادامت مضمومة إلى ملف الدعوى وأصبحت من أوراقها التى تناضل الخصوم في شأنها ، وأن تأخذ ضمن القرائن المستفادة

مـــن الأوراق بما تطمئن إليه من أقوال الشهود الذين سمعهم هؤلاء الخبراء دون حلف يمين .

والمحكمـــة غـــير ملزمة بإجابة طلب الخصم إلى الإحالة إلى التحقـــيق مادامـــت قـــد وجدت في أوراق الدعوى ما يكفى لتكوين عقيدتها .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إذ كان لمحكمة الموضوع السلطة المطلقة في التحقق من استيفاء الحيازة لشروطها القانونية دون رقابة عليها في ذلك لمحكمة الـــنقض ، إلا أن ذلك مشروط بأن تكون الأسباب التى أقامت عليها قضاءها سائغة " .

(طعن رقم ٤٨٩ لسنة ٥٢ ق جلسة ١٩٨٣/١/٦)

٢- " وضـــع اليد المكسب للملكية واقعة مادية مما يجوز إثباته بكافـــة الطرق ، فإن للمحكمة أن تعتمد في ثبوت الحيازة بعنصريها المبينين بالمادتين ٩٦٨، ٩٦٩ من القانون المدنى على القرائن التى تستنبطها من وقائع الدعوى مادام استخلاصها سائغا ولا مخالفة فيه للثابـــت بالأوراق ، فلها أن تعتمد في ذلك على تقارير الخبراء ولو كانت مقدمة في دعاوى أخرى مادامت مضمومة إلى ملف الدعوى وأصـــبحت من أوراقها التى تناضل الخصوم في شأن دلالتها وأن تـــأخذ ضـــمن القرائن المستفادة من الأوراق – بما تطمئن إليه من

أقــوال الشهود الذين سمعهم هؤلاء الخبراء دون حلف يمين ، وأن تستند إلى ما قضى به في دعوى أخرى دون أن تتوافر لهذا القضاء حجية الأحكام في الدعوى المطروحة عليها متى كانت ذلك بحسبانه قرينة تدعم بها قضاءها . وهى لاتتقيد بقرينة من هذه القرائن دون أخــرى ، ولهـــا أن تطرح مالا تطمئن إليه ، فلا عليها وهى بصدد بحـــث كسب الملكية بالتقادم إن هى استبعدت القرينة المستفادة من تكلــيف الأطــيان باســم حائزها إذا وجدت في أوراق الدعوى ما تطمئــن معه إلى أنه لم يكن يحوزها حيازة أصلية لحساب نفسه ، ولا أن تتقيد بتسجيل عقد مادام قد ثبت لها أنه صدر من غير مالك لأن ذلــك لــيس سببا بذاته لكسب الملكية ، كما أنها لاتلتزم بتعقب الخصوم في شتى مناحى دفاعهم والرد على كل قرينة غير قانونية يستندون إليها مادامت قد أقامت قضاءها على الأسباب الكافية لحمله ، ولا أن تجيــب طلب إحالة الدعوى إلى التحقيق مادامت قد وجدت في أوراق الدعوى ما يكفى لتكوين عقيدتها .

(طعن رقم ١٠٨٨ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٨٤/٥/٢٤)

١٦٢ـ التحقق من استيفاء الحيازة شروطها القانونية:

التحقق من استيفاء الحيازة شروطها القانونية من سلطة محكمة الموضــوع التى لا رقابة لمحكمة النقض عليها متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- إن اكتساب الملكية بوضع اليد المدة الطويلة بنية التملك هو مركـــز قانونى يأتى نتيجة لأعمال مادية خاصة متى بينت وفصلت أمكن أن يستفاد منها الحصول عليه . فالواجب على المحكمة عندما يدعـــى لديها باكتساب الملك بوضع اليد المدة الطويلة أن تطلب إلى المدعـــى بـــيان تلـــك الوقائع لتنظر فيما إذا كانت متعلقة بالادعاء ومنـــتجة لصحته ، حتى إذا رأت ذلك أمرت بتحقيقها مع تبيينها في الحكـــم تبييناً يعرف منه خصوم الدعوى ماذا عليهم إثباته أو نفيه . والشأن في ذلك كالشأن في كافة ما تحيله المحكمة من المسائل على التحقـــيق . إذ كلهـــا تقتضى البيان والتفصيل عملاً بالمادتين ١٧٧، ١٧٨ مرافعات . ومخالفة ذلك تجعل الحكم معيباً متعيناً نقضه " .

(طعن رقم ٧٢ لسنة ٣ ق جلسة ١٩٣٤/٥/٢٤)

٢- " لمحكمـــة الموضـــوع السلطة التامة في التعرف على نية واضـــع اليد من جميع عناصر الدعوى ، وقضاؤها في ذلك لايكون خاضـــعاً لـــرقابة محكمة النقض ، مادامت هذه العناصر مدونة في حكمها وتفيد عقلاً تلك النتيجة التى استفادتها " .

(طعن رقم ٣١ لسنة ٥ ق جلسة ١٩٣٥/١٢/٥)

١٦٣ـ واجب القاضي في بيان أركان وضع اليد :

يجـــب علـــى القاضى الذى يقضى بالملكية بالتقادم أن يبين في حكمــــه أركـــان وضع اليد الذى أقام عليه قضاءه ، وإن كان لايلزم بتناول كل ركن من هذه الأركان على استقلال .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إن قاضى الموضوع وإن لزمه أن يبين في حكمه أركان وضـــع اليد الذى أقام عليه قضاءه بالتملك بالتقادم ، فإنه غير ملزم بـــأن يـــورد هذا البيان على نحو خاص فلا عليه إذا لم يتناول كل ركن من هذه الأركان ببحث مستقل متى بان من مجموع حكمه أنه تحراها وتحقق من وجودها " .

(طعن رقم ١٢٠ لسنة ١٥ ق جلسة ١٩٤٦/١٠/١٠)

٢- " وضع اليد المكسب للملك هو وضع اليد الفعلى المستوفى عناصــــره القانونية . فإذا كانت المحكمة قد قضت بالملكية لمدعيها تأسيســـا علـــى وضع يده المكسب لها ، واستخلصت وضع اليد من مجـــرد أن عقد البيع الذى صدر للمدعى قد ذكر فيه رفع يد البائع عـــن المبيع ونقل التكليف إلى اسم المشترى ، مع أن هذا ليس من شـــأنه أن يفـــيد بذاتـــه حصول وضع اليد الفعلى ولا توافر أركانه المكونة له ، ثم كانت المحكمة من جهة أخرى لم تتعرض للرد على دلالة الأحكام التى قدمت إليها لإثبات صورية ذلك العقد زاعمة أن

إثبات الصورية لا يكون إلا بالكتابة في حين أن الطاعن بالصورية وارث والوارث يعتبر من الغير بالنسبة إلى تصرفات المورث الضارة به فحكمها يكون مشوباً بالقصور في التسبيب " .

(طعن رقم ١٢٤ لسنة ١٥ ق جلسة ١٩٤٦/١٢/٥)

٢- " وحيث إن هذا النعي غير صحيح ذلك أن تناقض الأسباب المبطل للحكم هو أن تكون تلك الأسباب متهادمة متساقطة لاشئ فيها باق يمكن أن يكون قواما لمنطوق الحكم . لما كان ذلك وكان الخبير المنتدب من محكمة أول درجة قد أثبت في تقريره أن حيازة الطاعن للممر محل النزاع كانت بطريق التسامح وهو مالم يخرج عليه رأى الخبير الثانى المنتدب من محكمة الاستئناف وكان من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الحكم بندب خبير ثان في الدعوى دون استبعاد تقرير الخبير الأول لا يعدو أن يكون إجراء تتخذه المحكمة لاستكمال عناصر النزاع فلا يحول ذلك دون رجوعها إلى تقرير الخبير الأول والأخذ به عند الفصل في موضوع الدعوى وكان الحكم الصادر من محكمة الاستئناف بندب خبير ثان في الدعوى لم يستبعد تقرير الخبير الأول بل أشار إليه في أسبابه إلا أن التقرير المقدم منه غير كاف لتكوين عقيدة المحكمة فإنه إذا عاد وعول في قضائه على التقرير الأول بعد أن اقتنع بصحته في ضوء إطلاعه على تقرير الخبير الثانى المرجح

والذى لم يخرجِ – كما سلف البيان – على ما انتهى إليه الأول فإن الحكــم بذلك لا يكون قد تناقض في قضائه ويضحى النعى عليه في غير محله ".

(طعن رقم ٢٨٤١ لسنة ٦٢ ق جلسة ١٩٩٩/١١/١١–لم ينشر بعد)

٣- " وحيث إن هذا النعى مردود بما هو مقرر من أن الحيازة الــتى تصــلح أساسا لتملك العقار أو المنقول بالتقادم تقتضى القيام بأعمــال ماديــة ظاهرة في معارضة حق المالك على نحو لايحمل سكوته فيه على محمل التسامح ولايحتمل الخفاء أو اللبس في قصد الــتملك بالحيازة ولمحكمة الموضوع السلطة التامة في التحقق من اســتيفاء الحــيازة للشــروط التى يتطلبها القانون ولاسبيل لمحكمة الــنقض عليها مادامت قد أقامت قضاءها على أسباب سائغة . ولما كان المرور في أرض فضاء لايكفى وحده لتملكها بوضع اليد مهما طــال أمــده لأنه ليس إلا مجرد انتفاع ببعض منافع العقار لايحول دون انتفاع الغير به بالمرور أو بفتح مطلات أو بغير ذلك ولايعبر عــن نــية التملك بصورة واضحة لاغموض فيها . وكان لمحكمة الموضــوع تقدير عمل الخبير والأخذ بتقريره محمولا على أسبابه مــتى اقتنعت بكفاية الأبحاث التى أجراها وسلامة الأسس التى بنى علــيها رأيه وهى غير ملزمة بالتحدث في حكمها على كل ما يقدمه الخصــوم مــن دلائل ومستندات كما أنها غير مكلفة بأن تورد كل

حججهـم وتفندها طالما أنها أقامت قضاءها على ما يكفى لحمله إذ فـي قـيام الحقـيقة التى اقتنعت بها وأوردت دليلها الرد الضمنى لاطراح هذه الدلائل والمستندات. لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فـيه قـد أقـام قضـاءه أخذا بما ورد بتقريرى الخبيرين المقدمين بالأوراق محمولين على أسبابهما والذى اطمأن إليهما من أن حيازة الطاعـن للممـر محـل النزاع كانت على سبيل التسامح ولم يقدم الطاعـن دلـيل ملكيته لهذا الممر ورتب على ذلك قضاءه برفض طلـبه بتثبيـت ملكيته له بالتقادم الطويل المكسب للملكية وكان ما خلص إليه الحكم سائغا ويكفى لحمل قضائه ولا مخالفة فيه للقانون ومـن ثم فإن ما أثاره الطاعن في هذا السبب لايعدو أن يكون جدلا موضوعيا فيما تستقل محكمة الموضوع بتقديره مما لا تجوز إثارته أمام محكمة النقض " .

(طعن رقم ٢٨٤١ لسنة ٦٢ ق جلسة ١٩٩٩/١١/١١ - لم ينشر بعد)

٤- " وحيـث إن هـذا الـنعى في محله ذلك أنه لما كان من المقـرر في قضاء هذه المحكمة أن حقوق الارتفاق يجوز اكتسابها بالـتقادم إذا مـا توافرت أركان وضع اليد المكسب للملكية المقررة بالمـادة ٩٦٨ من القانون المدنى ومن بينها استمرار الحيازة دون انقطـاع خمس عشرة سنة. لما كان ذلك وكان الثابت في محاضر أعمـال لجـنة الخبراء المنوه بذكرها في سبب الطعن أن المطعون

ضـــدها قررت في جلسة ١٩٩٠/١٢/١٢ أنها أقامت على الأرض المملوكـــة لها بناء من طابق واحد في عام ١٩٦٧ ، وأنها فوجئت بالطاعـــن يقوم بعمليات حفر في أرضه سنة ١٩٧٨ ،وأقام ضدها الدعوى ١٢٦٢ سنة ١٩٧٨ مدنى كلى الجيزة بطلب عدم التعرض لـــه فيملكـــه ، مما ينبئ عن أن مدة الخمس عشرة سنة التى يجب انقضـــاؤها لكســـب حق الارتفاق لم تكتمل ، وكان البين من الحكم المطعون فيه أنه عول في قضائه على النتيجة التى انتهت إليها تلك اللجـــنة دون أن يفطـــن إلـــى ما اشتملت عليه محاضر أعمالها من إقرارات للمطعون ضدها ، أو يخضع هذه الإقرارات لتقديره ، فإنه يكون مشوبا بقصور يبطله ، ويوجب نقضه " .

(طعن رقم ٤٩٥٣ لسنة ٦٣ ق جلسة ٢٠٠١/١/٣٠)

٥- " وحيث إن هذا النعى في محله ذلك أن المقرر- وعلى ما جـــرى بـــه قضاء هذه المحكمة – أنه يشترط في التقادم المكسب- وفقـــا لمـــا تقضى به المادتان ٩٦٨، ٩٦٩ من القانون المدنى- أن تـــتوافر لدى الحائز الحيازة بعنصريها المادى والمعنوى حتى تكون حـــيازة قانونـــية صحيحة ومن ثم فإن وضع اليد لاينهض بمجرده ســـببا للتملك ولايصلح أساساً للتقادم إلا إذا كان مقرونا بنية التملك وهـــى عنصـــر معـــنوى تـــدل عليها وتكشف عنها أمور ومظاهر خارجـــية تؤخـــذ من التحقيقات والأدلة التى تقوم عليها الدعوى لما

كـــان ذلـــك وكـــان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه على ثبوت الحيازة المكسبة للملكية للمطعون ضدها ومن قبلها مورثها على أن هـــذه الحـــيازة أستوفت عناصرها القانونية وأحال في بيانها للحكم المستأنف وتقرير الخبير وكان الثابت من الحكم الأخير أنه قد استند لذلـــك التقرير الذى جاء به أن مالكة المنزل موضوع النزاع باعته لمورثـــة الطاعنيـــن بعقـــد عرفى أقيمت عنه دعوى بصحته ونفاذه وانتهـــت صلحا وأن مورث المطعون ضدها - ابن البائعة وشقيق مورثة الطاعنين - ومن بعده المطعون ضدها قد وضعا يدهما على جزء منه فقط وتضع مورثة الطاعنين وهم من بعدها اليد على جزء آخـــر المحـــل ودون أن يعـــرض الخبير لمدى اقتران الحيازة لدى المطعون ضدها ومورثها من قبلها بنية التملك أو قيامها على تسامح مـــن مالكة المنزل- والدته ومن بعدها شقيقته مورثة الطاعنين التى اشـــترته ، فـــإن الحكم المطعون فيه إذ أيد الحكم المستأنف الصادر بـــرفض دعـــوى الطاعنيـــن دون أن يستظهر مدى اقتران حيازة المطعـــون ضـــدها وسلفها من قبلها بنية التملك يكون قد ران عليه القصور المبطل بما يعيبه ويوجب نقضه لهذا السبب دون ما حاجة لبحث باقى أسباب الطعن ".

(طعن رقم٢٣٨٥ لسنة ٦٢ ق جلسة ٢٠٠١/٢/١٥- لم ينشر بعد)

١٦٤ـ يجوز للمشترى تملك العين المبيعة له بوضع اليد المدة الطويلة :

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" ليس في القانون ما يمنع المشترى من كسب ملكية العين المبيعة له بوضع اليد المدة الطويلة إذا توافرت لديه الشروط لهذا التملك وأن مجرد إقامته على البائع دعوى سابقة بصحة ونفاذ عقد البيع الصادر له لا يستخلص منه حتما إقراره بالحق القاطع الدلالة على النزول عن مدة وضع اليد السابقة في كسب الملكية بالتقادم أو عدم توافر شروط وضع اليد المكسب للملكية بالتقادم الطويل لما ينطوى عليه رفعها من رغبة في اقتضاء الحق بالوسيلة التى وجدها أيسر سبيلا من غيرها ، ولايعنى ذلك منه النزول عن السبل الأخرى في اقتضاء ذات الحق ومنها التملك بوضع اليد المدة الطويلة المكسبة للملكية ".

(طعن رقم ٨٧٧ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٩٢/١/٢٦)

ويجوز للمشترى طبقا للمادة ٩٥٥ مدنى في جميع الأحوال باعتباره خلفا للبائع ضم مدة حيازة سلفه أى البائع له إلى مدة حيازته بغير حاجة إلى النظر فيما إذا كان السلف مالكا للشىء وقت تصرفه فيه إليه أم غير مالك .

وفـــى هــذا قضــت الهيــئة العامة للمواد المدنية والتجارية والأحــوال الشخصية بمحكمة النقض بتاريخ ٢ يناير سنة ١٩٩٦ في الطعن رقم ١٣٦ لسنة ٥٧ القضائية " هيئة عامة " بأن :

" ١- الأصل في الحيازة أنها لصاحب اليد ، يستقل بها ظاهرا فـــيها بصـــفته صـــاحب الحق غير أنه عند قيام رابطة قانونية بين حيازة السلف وحيازة الخلف فإنه يجوز للخلف أن يضم إلى حيازته حـــيازة ســـلفه في كل ما يرتبه القانون على الحيازة من آثار ومنها التملك بالتقادم المكسب وكان نص الفقرة الثانية من المادة ٩٥٥ من القـــانون المدنـــى علـــى أن " ويجوز للخلف الخاص أن يضم إلى حـــيازته حيازة سلفه في كل ما يرتبه القانون على الحيازة من أثر" يـــدل علـــى أن كـــل ما اشترطه المشرع لاكتساب الخلف الخاص الملكـــية بوضـــع الـــيد بضم مدة حيازة سلفه إلى حيازته هو ثبوت قـــيامها مســـتوفية لشـــرائطها القانونـــية بحيث لايقل مجموع مدة الحيازتين عن خمس عشرة سنة بغير حاجة إلى النظر فيما إذا كان السلف مالكا للشيء وقت تصرفه فيه إلى خلفه أم غير مالك ، متى كانـــت الحيازة قد انتقلت إلى الخلف على نحو يمكنه معه السيطرة الفعلية على الشيء ولو لم يتسلمه ماديا " .

٢- " مـــؤدى نـــص الفقرة الثانية من المادة ٩٥٥ من القانون المدنى – وعلى ما تقدم بيانه – أنه يجوز للخلف الخاص في جميع

الأحـــوال باعتباره خلفا للبائع ضم مدة حيازة سلفه إلى مدة حيازته بحســـب امتدادها ليكسب ملكية العقار بالتقادم ، لما كان ذلك وكان الحكـــم المطعون فيه قد أقام قضاءه بإلغاء الحكم المستأنف ورفض دعوى الطاعن على سند من أنه يشترط لإعمال هذا النص ألا يكون الســـلف مالكا للشيء وقت تصرفه فيه إلى خلفه فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون " .

١٦٥ـ الـتزام الضـمان لايحـول دون كسـب الـبائع الملكـية بالتقادم :

ينشـــأ التزام الضمان في ذمة الشخص نتيجة لتخليه عن ملكية الشـــيء ، ســـواء بإرادته كما في البيع والهبة ونحوهما من العقود الناقلة للملكية ، أو رغم إرادته كما يقع عند نزع ملكية الدين ورسو المزاد على شخص من الأغيار ، فإذا استمر البائع أو المدين حائزا للعقـــار بعد البيع أو صدور حكم رسو المزاد بنية تملكه مدة خمسة عشر عاما تملك العين بالتقادم الطويل .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " الأساس التشريعي للتملك بالتقادم الطويل هو قيام قرينة قانونـــية قاطعة على توافر سبب مشروع للتملك لدى واضع اليد . فالقول بأن تمسك البائع باكتساب ملكية العقار بوضع اليد عليه المدة الطويلـــة بعـــد بيعه وانتقال ملكيته إلى المشترى يعتبر تعرضا من

جانــبه لايـتفق وواجب الضمان المفروض عليه قانونا وهو قول مخالف للقانون . وإذن فإذا كان الحكم قد أقام قضاءه على مجرد أن ضمان البائع استحقاق المبيع مانع له من اكتساب ملكيته بوضع اليد بعـد بيعه مهما طالت مدته ، ولم يبحث هل وضع يد البائع في هذه الحالة استوفى الشروط القانونية التى تجعله سببا مشروعا للتملك أو لم يستوفها ، فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون " .

(طعن رقم ١٧٥ لسنة ١٧ ق جلسة ١٩٤٩/١٢/٨)

٢- " إن الأســاس التشــريعى للتملك بمضى المدة الطويلة هو قــيام قريــنة قانونــية قاطعة على توافر سبب مشروع للتملك لدى واضــع الــيد ، وهــذا لايصــح معه القول بأن واجب الضمان ، المفروض على مدعى التملك بوضع اليد بموجب إقرار صادر منه نزل فيه لمنازعه في الملكية عن قدر من الأطيان يدخل في الأطيان المتــنازع عليها ، مانع له أبدا من كسب ملكية هذه الأطيان بوضع الــيد المدة الطويلة متى كان وضع اليد المذكور قد استوفى شروطه القانونية " .

(طعن رقم ٦٢ لسنة ٢٠ ق جلسة ١٩٥٢/١/١٠)

٣- " إن الأســاس التشــريعى للتملك بمضى المدة الطويلة هو قــيام قريــنة قانونــية قاطعة على توافر سبب مشروع للتملك لدى واضع اليد . وليس في القانون ما يمنع البائع من كسب ملكية العين

المبيعة بوضع اليد المدة الطويلة بعد البيع إذا ما توافرت لديه الشروط القانونية لهذا التملك وهو ما يتحقق به قيام السبب المشروع . ومن ثم فإن القول بأن تمسك ورثة البائع بهذه الملكية يعتبر تعرضا من جانبهم لايتفق وواجب الضمان المفروض عليهم قانونا هو قول مخالف للقانون ".

(طعن رقم ١٢٢ لسنة ٢٦ ق جلسة ١٩٦١/١٠/٢٦)

٤- " يلتزم البائع بضمان عدم التعرض للمشترى في الانتفاع بالمبيع أو منازعته فيه . وهذا الالتزام مؤبد يتولد عن عقد البيع ولو لم يكن هذا العقد مشهرا وينتقل من البائع إلى ورثته فيمتنع عليهم- مثله – منازعة المشترى فيما كسبه من حقوق بموجب عقد البيع إلا إذا توافرت لديهم أو لدى مورثهم بعد تاريخ البيع شروط وضع اليد على العين المبيعة المدة الطويلة المكسبة للملكية . وإذا كان الطاعنون (ورثة البائع) قد دفعوا دعوى ورثة المشترى بصحة ونفاذ عقد البيع الصادر لمورثهم من مورث الطاعنين – بسقوطها بالتقادم لرفعها بعد أكثر من خمس عشرة سنة من تاريخ صدور هذا العقد ، فإن هذا الدفاع يعد من قبيل المنازعة الممتنعة قانونا على الطاعنين بمقتضى إلزام مورثهم بالضمان ، وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر فإنه لايكون قد خالف القانون " .

(طعن رقم ٢٦١ لسنة ٢٨ ق جلسة ١٩٦٣/٣/٢١)

٥- " لــيس لورثـــة البائع دفع دعوى المشترى بتثبيت ملكيته وتســـليم المبيع ، بالتقادم استنادا إلى عدم تسجيل عقد البيع أو الحكم الصـــادر بصـــحته مدة تزيد على خمس عشرة سنة ذلك أن البائع يلـــتزم قانونا بضمان عدم التعرض للمشترى في الانتفاع بالمبيع أو منازعته فيه . وهذا الالتزام أبدى يتولد عن عقد البيع ولو لم يشهر وينتقل من البائع إلى ورثته فيمتنع عليهم مثله منازعة المشترى فيما كسبه من حقوق بموجب العقد إلا إذا توافرت لديهم أو لدى مورثهم مـــن تاريخ البيع شروط وضع اليد على العين المبيعة المدة الطويلة المكسبة للملكية " .

(طعن رقم ٢٨ لسنة ٢٨ ق جلسة ١٩٦٣/٣/٢٨)

٦- " الـــتزام البائع بضمان عدم التعرض للمشترى في الانتفاع بالمبـــيع أو منازعـــته فيه – وفقا للمادتين ٢٦١، ٣٠٠ من القانون المدنـــى الملغى والمادة ٤٣٩ من القانون القائم – التزام أبدى يتولد عـــن عقـــد البيع ولو لم يشهر فيمتنع على البائع التعرض للمشترى لأن من وجب عليه الضمان يحرم عليه التعرض .

وينـــتقل هـــذا الالـــتزام من البائع إلى ورثته فيمتنع عليهم مثله مـــنازعة المشـــترى فيما كسبه من حقوق بموجب عقد البيع إلا إذا توافـــرت لديهـــم أو لدى مورثهم بعد تاريخ البيع شروط وضع اليد على العين المبيعة المدة الطويلة المكسبة للملكية . ومن ثم فإن دفع

وارث البائع بعدم تسجيل عقد المشترى وبسقوط حقوق الأخير ، المتولدة عن عقد البيع بالتقادم وطلب الوارث تثبيت ملكيته لبعض العقار المبيع إنما هو من قبيل المنازعةالممتنعة عليه قانونا بمقتضى التزام مورثه بالضمان " .

(طعن رقم ٢٢٠ لسنة ٣١ ق جلسة ١٩٦٦/١/١٣)

٧- " من أحكام البيع المقررة بالمادة ٤٣٩ من القانون المدنى أن البائع وورثته يلتزمون بضمان عدم التعرض للمشترى في الانتفاع بالمبيع أو منازعته فيما كسب من حقوق بموجب عقد البيع إليهم إلا إذا توافرت لديهم أو لدى مورثهم بعد تاريخ البيع ووفق ماجرى به قضاء هذه المحكمة- شروط وضع اليد على العين المبيعة المدة الطويلة المكسبة للملكية ".

(طعن رقم ١١٥٦ لسنة ٤٧ ق جلسة ١٩٨١/٦/٢٥)

١٦٦ـ كسب الملكية بالتقادم يكون بأثر رجعي :

إذا كسب الحائز الملكية بالتقادم ، فإن الملكية تنتقل إليه لا من وقت اكتمال التقادم فحسب بل تنتقل إليه بأثر رجعي من وقت بدء الحيازة التى أدت إلى التقادم. وهذا الاستناد يمليه هدف نظام التقادم الذى يرمى إلى حماية الأوضاع المستقرة طوال مدة التقادم .

ويترتب على الأثر الرجعي نتيجتان :

الأولـــى : إن الثمار التى أنتجها العقار (أو المنقول) خلال مدة الـــتقادم يكســـبها الحائـــز باعتباره مالكا . الأمر الذى يترتب عليه اســـتحقاقه لهذه الثمار ، سواء أقبضها أم لم يقبضها ، وسواء أكان حســـن النية أم سيىء النية وقت القبض . ولولا هذا الأثر الرجعى لما استحق الحائز الثمار التى يقبضها وهو سيىء النية .

الثانـــية : أن جمـــيع الحقـــوق العينية التى رتبها الحائز على المنقول خلال مدة التقادم، تعد صحيحة باعتبارها صادرة من مالك بخـــلاف الحقوق العينية التى رتبها المالك الحقيقى أثناء هذه المدة، فإنها لا تكون صحيحة ولاتسرى تبعا لذلك في حق الحائز فإذا كان المـــالك قـــد رتب رهنا للغير فإنه لايسرى في حق الحائز باعتباره صـــادرا مـــن غير مالك . أما الحقوق العينية التى يكون المالك قد رتبها على العين قبل بدء سريان التقادم، فإنها تسرى في حق الحائز حـــتى بعـــد أن يـــتملك العين بالتقادم ، إلا إذا كانت قد انتقلت إلى الحائز بالتقادم المكسب مستقلة عن حق الملكية[١] .

---

(١) الســـنهورى ص ١٤٦٨ – عـــبد المـــنعم الصده ص ٣٦٦ ومابعدها – رمضان أبو السعود ص ٤٧٦ ومابعدها .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " من المقرر أنه إذا كسب الحائز ملكية عين بالتقادم ، فإن الملكـية تنـتقل إليه لا من وقت اكتمال التقادم فحسب بل تنتقل إليه بأثـر رجعـى مـن وقت بدء الحيازة التى أدت إلى التقادم فيعتبر مالكهـا طوال مدة التقادم بحيث لو رتب المالك الأصلى خلال هذه المـدة أو ترتبـت ضـده خلالها حقوق عينية على العين فإن هذه الحقـوق- متى اكتملت مدة التقادم - لاتسرى في حق الحائز ، وإذ كـان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وبعد أن قضى بملكية الطاعن للمنزل محل النزاع بوضع اليد عليه المدة الطويلة المكسبة للملكـية التى بدأت في ١٩٣٧/٤/١٢ واكتملت في سنة ١٩٥٢ عاد وقضى برفض طلبه الخاص ببطلان الإجراءات وإلغاء التسجيلات التى باشرتها مصلحة الضرائب ضد المدين على نفس المنزل خلال مـدة التقادم لاقتضاء قيمة ضريبة الأرباح التجارية المستحقة عليه عـن السـنوات من ١٩٤١ إلى ١٩٤٩ فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه بما يوجب نقضه " .

(طعن رقم ٧٠ لسنة ٣٢ ق جلسة ١٩٦٩/٦/٤)

٢- " من المقرر- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أنه إذا كسـب الحائز ملكية عين بالتقادم ، فإن الملكية تنتقل إليه لا من وقـت اكتمال التقادم فحسب بل تنتقل إليه بأثر رجعى منذ وقت بدء

الحـــيازة الـــتى أدت إلـــى التقادم فيعتبر مالكا لها طوال مدة التقادم بحيـــث لـــو رتـــب المالك الأصلى خلال هذه المدة أو ترتبت ضده خلالها حقوق عينية على العين ، فإن هذه الحقوق متى اكتملت مدة التقادم لاتسرى في حق الحائز " .

(طعنان رقما ٩٣٠، ٩٥٨ لسنة ٤٧ ق جلسة ١٩٨١/٥/١٢)

مادة (٩٦٩)

١- إذا وقعت الحيازة على عقار أو على حق عينى عقارى وكانت مقترنة بحسن النية ومستندة في الوقت ذاته إلى سبب صحيح فإن مدة التقادم المكسب تكون خمس سنوات .

٢- ولايشترط توافر حسن النية إلا وقت تلقى الحق .

٣- والسبب الصحيح سند يصدر من شخص لا يكون مالكا للشىء أو صاحبا للحق الذى يراد كسبه بالتقادم ، ويجب أن يكون مسجلا طبقاً للقانون .

الشرح

١٦٧ـ الحكمة من التقادم الخمسى :

يقوم التقادم الخمسى على أنه إذا وقعت الحيازة على عقار أو حق عينى على عقار ، وكانت مقترنة بحسن النية ومستندة في الوقت ذاته إلى سبب صحيح فإن مدة التقادم المكسب تكون خمس سنوات بدلا من خمس عشرة سنة أى بدلا من التقادم الطويل وهذا التقادم القصير هو ميزة أو استثناء لصالح من يتلقى العقار من غير مالكه ، وهو يعتقد بحسن نية أنه يتعامل مع المالك الحقيقى لهذا العقار . فهذا الحائز يقوم بكل ما يتطلبه القانون منه للحصول على ملكية العقار ، ولكن فاته أن يلحظ العيب الذى يعتور سند من تلقى عنه الحق ، ولما كان هذا التصرف لايؤدى قانونا إلى نقل الملكية

لصـدوره مـن غير مالك . فقد رأى المشرع أنه يكفى لتغطية هذا العيـب الجسـيم أن تنتقل حيازة العقار إلى المتصرف إليه ، وأن يسـكت المـالك الحقـيقى خمس سنوات دون أن يطالب استحقاق العقـار. فـإن هـو سكت طوال هذه المدة أصبح الحائز أجدر منه بـرعاية القانون نظرا لحسن نيته وانخداعه بالمظهر الخارجى الذى أسهم المالك الحقيقى في وجوده بإهماله وتقاعسه عن حماية حقه .

وهذا التقادم القصير يجعل المتصرف إليه في المركز الذى كان يتوفر له ، لو أنه تعامل مع المالك الحقيقى (١).

١٦٨ـ مجال الاحتجاج بالتقادم الخمسى :

لايسرى التقادم الخمسى إلا على العقارات ، فلا يجوز التمسك به في مجال المنقولات وهذا واضح من صريح نص الفقرة الأولى مـن المـادة ٩٦٩ التى تجرى على أن : " **إذا وقعت الحيازة على عقار أو على حق عينى عقارى وكانت .... إلخ** " – ويعزى قصر هـذا الـتقادم علـى العقارات إلى أن حيازة المنقول بسبب صحيح وحسن نية تؤدى إلى تملكه في الحال دون حاجة إلى مضى مدة ما عملا بقاعدة " الحيازة في المنقول سند الحائز " (٢).

---

(١) محمـد علـى عرفه ص ٢٣٥ – عبد المنعم الصده ص ٦٢٩ – محمد وحيد الدين سوار ص ٦٦٥ .

(٢) محمد على عرفه ص ٢٣٦ – عبد المنعم البدراوى في حق الملكية ص ٤٩٨.

كمـــا أن صـــياغة الفقـــرة المذكورة تقطع بأنه لا محل للتمسك بالـــتقادم الخمسى إلا إذا كانت الحيازة منصبة على " عقار " معين بـــالذات، فـــلا يجـــوز التمسك بهذا التقادم لمن حاز بسبب صحيح وحســـن نية عقارا ضمن مجموعة قانونية أو فعلية كتركة أو محل تجارى .

إنمـــا يسرى هذا التقادم على حق الملكية وكافة الحقوق العينية الأصـــلية الأخرى وعلىحق الرهن الحيازى بالتفصيل الذى ذكرناه في التقادم الطويل .

(راجع في التفصيل بنود ٦ ومابعده) .

شـــروط التقادم الخمسى

١٦٩ـ تعداد :

يشترط لتوافر التقادم الخمسى أربعة شروط هى :

١-حيازة قانونية .

٢- استمرار الحيازة مدة خمس سنوات .

٣- أن تكون الحيازة مستندة إلى سبب صحيح .

٤- أن يكون الحائز حسن النية .

ونعرض لهذه الشروط بالتفصيل فيما يلى :

الشرط الأول
وجود حيازة قانونية

١٧٠ـ مضمون الشرط :

يشترط لتوافر التقادم الخمسى وجود حيازة قانوينة أى الحيازة المادية المقترنة بنية التملك أو بنية استعمال حق عينى على عقار. فالحيازة المادية وحدها أو العرضية لايمكن أن تؤدى إلى كسب الملكية أو الحق العينى بالتقادم . ولن يستطيع الحائز العرضى أن يكسب بالتقادم إلا إذا تغيرت صفة حيازته .

ويجب أن تكون الحيازة القانونية خالية من العيوب التى تعيبها وهى الإكراه والخفاء والغموض .

وهذه الحيازة الخالية من العيوب يجب أن تكون منصبة على ذات الحق المراد كسبه بالتقادم . فالتقادم لا يؤدى إلا إلى كسب ذات الحق محل الحيازة . فإذا حاز الشىء على سبيل الملك استطاع كسب الملكية بالتقادم ، وإذا حاز عليه حق انتفاع لم يكن له أن يكسب بالتقادم سوى الانتفاع دون الملكية وكذلك الحال لو كان حائزا لحق ارتفاق .

وهذه الحيازة هى ذاتها الحيازة التى تكسب الملكية بالتقادم الطويل ، وقد عرضنا لها تفصيلا ، فنكتفى بالإحالة إلى ما قدمناه .

الشرط الثانى
أن تستمر الحيازة مدة خمس سنوات كاملة
١٧١ـ مضمون الشرط :

رأيــنا أن مدة الحيازة المكسبة للملكية في التقادم الطويل خمس عشرة سنة ميلادية كاملة .

أمــا مدة الحيازة في التقادم القصير فهى خمس سنوات ميلادية كاملة فقط .

ويسرى على هذه المدة ما سنذكره في شرح المادة (٩٧٣) .

(انظر شرح المادة المذكورة) .

الشرط الثالث
وجوب السبب الصحيح
١٧٢ـ تعريف السبب الصحيح :

عرفت الفقرة الثالثة من المادة ٩٦٩ السبب الصحيح بأنه : "سند يصدر من شخص لا يكون مالكا للشىء أو صاحبا للحق الذى يراد كسبه بالتقادم ، ويجب أن يكون مسجلا طبقا للقانون " .

فمــا تجدر الإشارة إليه منذ البداية أن المقصود بالسند في هذا الصدد هو التصرف (negatum) الصادر إلى الحائز والذى تستند إلــيه الحــيازة ، كالبــيع الذى بموجبه اشترى الحائز العقار محل

الحــيازة ، ولــيس المقصود بالسند هنا الكتابة (instumentum) المثبتة للتصرف القانونى الصادر إلى الحائز.

كمــا أن وجــود ســبب صحيح تستند إليه الحيازة في التقادم الخمســى يفــترض أن الحــق محل الحيازة كان لينتقل إلى الحائز باعتــباره خلفــا خاصا للمتصرف لو أنه كان صادرا من المالك أو صاحب الحق (١).

وسمى السبب بالسبب الصحيح ، لأنه ينقل الملكية لو صدر من المــالك أو صــاحب الحــق ، لا لأنــه خال من أسباب البطلان ، فالتصــرف القابل للإبطال يعتبر مع ذلك سببا صحيحا كما سنرى، ولايهــم بعــد ذلك أن يكون التصرف مشوبا بعيوب أخرى أو غير مشوب مادام له وجود قانونى (٢).

وقد عرفت محكمة النقض السبب الصحيح بأنه هو كل تصرف قانونى يستند عليه واضع اليد في حيازته للعقار ، ويجعل وضع يده عليه حلالا سليما من شبهة الغصب في نظره واعتقاده هو .

والمــراد بكــون الســبب صحيحا في هذا الباب هو أن يكون بطبيعته ناقلا للملك لو أنه صدر من مالك أهل للتصرف .

---

(١) عبد المنعم الصده ص ٦٣٧ – نبيل إبراهيم سعد ص ٥٠١ ومابعدها .
(٢) السنهورى ١٤٨٣ ومابعدها – محمد على عرفه ص ٢٣٨ .

إذ جرى قضاء محكمة النقض على أن :

١- " المـــراد بالسبب في تملك العقار بالتقادم الخمسى هو كل تصـــرف قـــانونى يستند إليه واضع اليد في حيازته للعقار، ويجعل وضـــع يده عليه حلالا سليما من شبهة الغصب في نظره واعتقاده هـــو . والمـــراد بكون السبب صحيحا في هذا الباب هو أن يكون بطبيعته ناقلا للملك لو أنه صدر من مالك أهل للتصرف " .

(طعن رقم ١٨ لسنة ٢ ق جلسة ١٩٣٢/٦/١٦)

٢- " الســـبب الصحيح فى معنى المادة ٧٦ من القانون المدنى هـــو كـــل تصرف قانونى يستند إليه واضع اليد في حيازته للعقار ويكون من شأنه نقل الملك لو أنه صدر من مالك أهل للتصرف " .

(طعن رقم ١٢٧ لسنة ١٧ ق جلسة ١٩٤٨/١٢/٣)

٣- " السبب الصحيح اللازم توافره للتملك بالتقادم الخمسى هو علـــى ما تنص عليه المادة ٣/٩٦٩ من القانون المدنى " سند يصدر مـــن شخص لايكون مالكا للشيء أو صاحبا للحق الذى يراد كسبه بالتقادم . ويجب أن يكون مسجلا طبقا للقانون " . والمتصرف الذى لايعـــد مالكا في المعنى المقصود بهذا النص هو شخص يكون غير مـــالك للشـــيء ويستحيل عليه أن ينقل ملكيته إلى من تصرف إليه ... الخ " .

(طعن رقم ١٠٧ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٥٦/١/٢١)

٤- " العيب الصحيح هو السند الذى يصدر من شخص لايكون مالكا للشيء أو صاحبا للحق الذى يراد كسبه بالتقادم .... الخ " .

(طعن رقم ٣٧٤ لسنة ٢٥ ق جلسة ١٩٦٠/٥/١٢)

٥- " الحيازة التى يعتد بها في اكتساب الملكية بالتقادم الخمسى هـى الحـيازة الـتى تجتمع مع السبب الصحيح وتستطيل إلى مدة خمـس سـنوات فإن بدأت الحيازة قبل قيام السبب الصحيح يلحقها عيـب مـا، فإن التمسك بهذا العيب الذى اعترى الحيازة في تاريخ سـابق علـى قيام هذا السبب لا يكون منتجا ولا مجديا طالما كان المعـول عليه في نطاق التقادم الخمسى هى الحيازة منذ أن تجتمع بالتصرف المسجل الصادر في غير مالك ، فيكون عندئذ هو سببها الصـحيح الـذى يركن إليه الحائز في حيازته ويتمكن بمقتضاه من التملك إن اقترنت حيازته بحسن النية وقت تلقى الحق تطبيقا تقضى به المادة ٩٦٩ من القانون المدنى " .

(طعن رقم ٢٢٤ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٧/١١/٢٦)

الشروط الواجب توافرها في السبب الصحيح :

يجب أن يتوافر في السبب الصحيح عدة شروط هى :

١٧٣ـ أولاً : أن يكـون تصـرفا قانونـيا صـادرا إلى الحائـز باعتباره خلفا خاصا :

يشترط في السبب الصحيح أن يكون تصرفا صادرا إلى الحائز باعتباره خلفا خاصا للمتصرف كالبيع والهبة والوصية بمال معين.

ويعتـــبر مـــن هذا القبيل أيضا الأحكام الناقلة للحق ، كحكم مرسى المزاد الذى يؤدى إلى نزع ملكية المدين بناء على طلب دائنيه.

وترتيبا على ذلك لايعتبر سببا صحيحا ما يأتى :

١- الميراث :

لايعتبر الميراث سببا صحيحا لأنه ليس تصرفا ، ولأن الوارث خلــف عــام لمورثـــه ، فحيازته استمرار لحيازة مورثه ، ومن ثم لايكون له فيما يتعلق بالتقادم الخمسى سند خاص به ، بل يرجع في هــذا الشأن إلى سند المورث . فإذا كانت حيازة المورث تستند إلى سبب صحيح استند إليها الوارث على اعتبار أن حيازة الوارث تعد امتدادا لحيازة مورثة [(١)].

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" .. الســبب الصـــحيح منعدم في الدعوى إذ ليس ثمة عقد بين الطاعــن مـــن شـــأنه نقـــل الملك لو أنهَ صدر من المالك الأصلى والمـــيراث الـــذى يتمسك به الطاعن كسبب لايصلح أن يكون سببا صـــحيحا كمـــا أنه ظاهر أن الطاعن لايستطيع التحدى بحسن النية حتى لو كان يجهل عيب سند مورثه الذى كانت يده عارضة ".

(طعن رقم ٢٧٧ لسنة ٢١ ق جلسة ١٩٥٤/١٢/١٦)

---

(١) عبد المنعم الصده ص ٦٣٩ – محمد وحيد الدين سوار ص ٦٧٠.

٢- محضر التسليم الرسمي :

لايعتبر محضر التسليم الرسمى الذى يتسلم بمقتضاه الراسى عليه المزاد الأطيان التى رسا عليه مزادها تصرفا- بعكس حكم مرسى المزاد – ومن ثم لايعد سببا صحيحا [(١)].

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" السبب الصحيح في معنى المادة ٧٦[(٢)] من القانون المدنى هو كل تصرف قانونى يستند إليه واضع اليد في حيازته للعقار ويكون من شأنه نقل الملك لو أنه صدر من مالك أهل للتصرف . ولما كان محضر التسليم الرسمى الذى يتسلم بمقتضاه الراسى عليه المزاد الأطيان التى رسا عليه مزادها ليس تصرفا ، فإن الحكم لا يكون مخطئا في عدم اعتباره سببا صحيحا ولا في قصره هذا الاعتبار على حكم رسو المزاد ذاته " [(٣)].

(طعن رقم ١٢٧ لسنة ١٧ ق جلسة ١٩٤٨/١٢/٣٠)

---

(١) عبد المنعم الصده ص ٦٣٩ هامش (٢) .

(٢) تقابلها في القانون المدنى الجديد المادة ٩٦٩ .

(٣) كانت واقعة الدعوى أن الراسى عليه المزاد حين أجرى تنفيذ حكم مرسى المزاد تسلم أطيانا لايشملها الحكم ذاته ثم تمسك بأن محضر التسليم يعتبر سببا صحيحا لتملك هذه الأطيان بالتقادم الخمسى .

٣- الوصية بحصة في التركة :

لاتعتــبر الوصــية بحصة فى التركة سببا صحيحا رغم كونها تصــرفا صادرا إلى الحائز ، لأن الموصى له في هذه الحالة خلف عام للموصى ، فيصدق عليه ما ذكرناه في خصوص الوارث .

١٧٤ـ ثانـياً : أن يكـون التصـرف صـادرا مـن غير مالك أو صاحب للحق العينى .

يشــترط فــي السبب الصحيح ، أن يكون التصرف صادرا من غير مالك أو صاحب للحق العينى محل الحيازة .

وعلـــى ذلــك إذا صدر التصرف من مالك ، فإنه لايعتبر سببا صــحيحا يجــيز للحائــز أن يــتملك بالتقادم الخمسى ، لأن التقادم الخمســى يقتصر غرضه على تغطية العيب الناجم عن عدم ملكية المتصــرف ، فهــو لايؤدى إلى زوال العيوب الأخرى التى تلحق التصرف .

ويســتوى لاعتــبار المتصرف غير مالك ألا يكون له أى حق أصلا على العقار أو يكون له حق ولكنه زال بأثر رجعى ، كما لو أبطل سنده أو فسخ .

كمــا يستوى أن يكون سند المتصرف أو حيازته معيبة بعيوب تمــنعه هــو مــن كسب الملكية ، وما ذلك إلا لأن المتصرف إليه لايكســب الملكــية انــتقالا من المتصرف ، وإنما يكسبها بالحيازة

المدعمــة بالســبب الصحيح الذى لايعدو كونه عنصرا من عناصر الحيازة ، لاسببا لكسب الملكية . فلا اعتداد إذن بما إذا كانت حيازة المتصــرف قانونية أم عارضة . ولا بما إذا كان يستند في حيازته إلى سند أم أنه كان مجرد من السند أصلا كالمغتصب[١] إذا في هذه الحــالات يكــون للمتصرف إليه إذا كان حسن النية ومضت خمس سنوات على حيازته للعقار المتصرف فيه أن يتوقى أثر زوال سند المتصــرف زوالا رجعيا ، بالتمسك بالتقادم الخمسى ، استنادا إلى أنــه بهــذا الزوال يعتبر هذا التصرف سببا صحيحا فيكتسب بهذا الــتقادم ملكية العقار المتصرف فيه دون أن يتأثر بالزوال الرجعى لسند المالك المتصرف . وقد لا يكون في حاجة إلى ذلك إذا كان قد ســجل تصــرفه بحســن نية قبل التأشير بدعوى الإبطال أو الفسخ المرفوعة على المتصرف .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" ١- " لايجوز التمسك بكسب ملكية الحق بالتقادم الخمسى مع الســبب الصحيح وحسن النية إلا إذا كان التصرف صادراً من غير مالك ، فإذا كان المتصرف إليه قد تلقى الحق من المالك فلا يجديه التمسك بهذا السبب ".

---

(١) محمد كامل مرسى ص ١٤٥ – محمد عل عرفه ص ٢٣٨ ومابعدها- نبيل إبراهيم سعد ص ٥٠٣ ومابعدها .

(طعن رقم ١٩١ لسنة ٢١ ق جلسة ١٩٥٥/١/٢٧)

٢- " يشترط في السبب الصحيح الذى يصلح سنداً للتملك بالتقادم المكسب الخمسى أن يكون تصرفاً قانونياً صادراً من شخص لايملك الحق الذى يراد كسبه بالتقادم فإذا كان المتصرف إليه قد تلقى الحق من المالك فلا يجديه التمسك بهذا السبب ، وهذه القاعدة قررتها صراحة المادة ٩٦٩ من القانون المدنى الحالى وقررتها من قبل محكمة النقض في ظل القانون المدنى القديم رغم عدم النص عليها صراحة فيه " .

(طعن رقم ٢٨ لسنة ٢٨ ق جلسة ١٩٦٣/٣/٢٨)

٣- " يشترط في السبب الصحيح الذى يصلح سنداً للتملك بالتقادم الخمسى أن يكون تصرفاً قانونياً صادراً من شخص لايكون مالكا للحق الذى يراد كسبه بالتقادم فإذا كان المتصرف إليه قد تلقى الحق من المالك فلا يجديه التمسك بهذا التقادم ".

(طعن رقم ١٧٣ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٧/٦/٢٩)

٤- " نصت الفقرة الأولى من المادة ٩٦٩ من القانون المدنى الجديد على أنه " إذا وقعت الحيازة على عقار أو على حق عينى عقارى ، وكانت مقترنة بحسن نية ومستندة في الوقت ذاته إلى سبب صحيح ، فإن مدة التقادم المكسب تكون خمس سنوات" ، كما نصت الفقرة الثالثة منها على أن " السبب الصحيح سند يصدر من

شــخص لايكــون مالكــا للشيء أو صاحبا للحق الذى يراد كسبه بالــتقادم ، ويجب أن يكون مسجلا طبقا للقانون " ومن ثم فلا تؤدى الحــيازة المستندة إلى عقد بيع ابتدائى إلى كسب ملكية العقار الذى وقعــت علــيه بالتقادم الخمسى وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر، فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه ".

(طعن رقم ٢٢٣ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧٢/٣/٢٣)

٥- " لمــا كــان الطاعنون قد تمسكوا أمام محكمة الاستئناف بــتملكهم أرض النزاع بالتقادم الخمسى استنادا إلى حيازتهم لها مدة تــزيد علــى خمس سنوات مقترنة بحسن النية ومستندة إلى السبب الصــحيح وهو عقد البيع الصادر لمورثيهما ، وإذ كانت المادة ٧٦ من التقنين المدنى السابق المقابلة للمادة ٩٦٩ من التقنين الحالى قد نصــت علــى أن ملكية العقار تكتسب بوضع اليد عليه مدة خمس ســنوات متتالية متى كانت الحيازة مقترنة بحسن النية ومستندة في ذات الوقت إلى سبب صحيح والسبب الصحيح هو العقد الصادر من غــير مالك بشرط أن يكون مسجلا، وقد التفت الحكم المطعون فيه عــن عقد الطاعنين المؤرخ ١٩٣٦/٩/٢٣ والمسجل لكونه صادرا من غير مالك ، فإن إغفال الحكم المطعون فيه الرد على هذا الدفاع الجوهــرى الذى لو حقق لجاز أن يتغير به وجه الرأى في الدعوى يجعله مشوبا بالقصور ".

(طعن رقم ٢٧٥ لسنة ٤١ ق جلسة ١٩٧٥/١٢/٨)

٦- " السبب الصحيح هو السند الذى يصدر من شخص لايكون مالكاً للشىء أو صاحباً للحق الذى يراد كسبه بالتقادم ، فإذا كان التصرف بيعاً يجب أن يكون البائع في تصرفه مضيفاً الملك إلى نفسه ، أما إذا صدر البيع منه بصفته نائباً عن المالك وتبين عدم نيابته عنه ، فإنه لايتأتى في هذا المقام الاستناد إلى وجود سبب صحيح . وإذ كان الواقع في الدعوى أن إجراءات التنفيذ العقارى قد اتخذت ضد المطعون عليهم الستة الأول المالكين لحصة في المنزل موضوع النزاع في مواجهة وصى عليهم سبق عزله ، فإن الحكم برسو مزاد هذه الحصة على الطاعن لايصلح أن يكون سبباً صحيحاً لتملك هذه الحصة بالتقادم الخمسى " .

(طعن رقم ١٤٢ لسنة ٤٠ ق جلسة ١٩٧٨/١/٢)

٧- " النص في الفقرة الثالثة من المادة ٩٦٩ من القانون المدنى على أن السبب الصحيح الذى تكسب به ملكية العقار بحيازته خمس سنوات مع حسن النية هو السند الذى يصدر من شخص لايكون مالكاً للشىء الذى يراد كسبه بالتقادم ، يدل على أنه متى كان البائع للمشترين المتزاحمين بعقودهم واحدا فلا وجه لتمسك أحدهم في وجه الآخرين بتملك المبيع بالتقادم الخمسى" .

(طعن رقم ٤٨٨ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٨٢/٦/٣)

٨- " لما كان مؤدى نص الفقرة الثالثة ٩٦٩ من القانون المدنى علـــى أن "الســـبب الصحيح سند يصدر من شخص لا يكون مالكا للشـــىء أو صـــاحبا للحق الذى يراد كسبه بالتقادم ويجب أن يكون مســـجلا طـــبقا للقـــانون " أن بيع ملك الغير يصلح لأن يكون سببا صـــحيحا لكســـب ملكية العقار بالتقادم الخمسى متى كان هذا البيع مســـجلا. ولايغير من ذلك أن يكون البائع فيه غاصبا أو مستندا في تصرفه إلى عقد قابل للإبطال أو باطل أو معدوم ، لأن المشرع لم يجعل من سند البائع ركنا أو شرطا لاعتبار التصرف سببا صحيحا للتملك بالتقادم الخمسى واكتفى بأن يكون التصرف ذاته صادرا من غـــير مـــالك ومـــن ثم فإن الحكم بإبطال سند المالك أو بطلانه أو انعدامه لايستتبع أى أثر على سند الحائز ولاينال من صلاحيته لأن يكون سببا صحيحا لذلك التملك ولما كان ذلك وكان مناط سوء النية المانع من اكتساب الملك بالتقادم الخمسى ثبوت علم المتصرف إليه وقـــت تلقى الحق بأن المتصرف غير مالك لما يتصرف فيه أو قيام أدنـــى شـــك لديـــه في ذلك ، ولقاضى الموضوع السلطة التامة في اســـتخلاص حســـن نـــية المتصرف إليه أو سوئها بشرط أن يكون استخلاصا سائغاً" .

(طعون رقم ٣٠٤، ٦٥٣، ٧٩٢ لسنة ٥٥ ق – جلسة ١٩٨٨/٤/٢٦)

٩- " يشـــترط فـــي الســـبب الصحيح الذى يصلح سندا للتملك بالـــتقادم الخمســـى أن يكـــون تصرفا قانونيا صادرا من شخص لا

يكـــون مالكا للحق الذى يراد كسبه بالتقادم فإذا كان المتصرف إليه قد تلقى الحق من المالك فلا يجديه التمسك بهذا السبب وهذه القاعدة قـــد قـــررها القـــانون المدنـــى القائم صراحة في المادة ٩٦٩ منه وقـــررتها هـــذه المحكمـــة من قبل في ظل القانون القديم رغم عدم النص عليها صراحة فيه " .

(طعن رقم ٢١١٧ لسنة ٥٦ ق جلسة ١٩٩٣/٤/١٥)

١٧٥ـ يجب صدور التصرف إلى المتمسك بالتقادم :

يشـــترط للتمســـك باكتســـاب الملكية بالتقادم الخمسى أن يكون التصرف الذى يعتبر سندا صحيحا صادرا إلى المتمسك بالتقادم .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" متى كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى أن عقد البيع الذى تمســـكت الطاعنة بأنه سبب صحيح مكسب للملكية بالتقادم الخمسى لـــم يصـــدر إليها أصالة وإنما باعتبارها اسماً مستعاراً لزوجها فإن مثل هذا العقد لايعتبر سبباً صحيحاً يكسبها الملكية بالتقادم الخمسى وذلـــك لما يشترط في السند الذى يعتبر سبباً صحيحاً من أن يكون صادرا إلى المتمسك بالتقادم ومن ثم يكون ما قرره الحكم المطعون فـــيه مـــن أن العقد المذكور لم يصدر إلى الزوجة الطاعنة متضمناً الـــرد علـــى دفاعها آنف الذكر ويكون النعى عليه بالقصور على غير أساس ".

(طعن رقم ٢٠٢ لسنة ٣٢ ق جلسة ١٩٦٦/٥/٥) [(١)]

١٧٦ـ سند البائع غير المسجل :

إذا كان سند البائع للحائز عقدا غير مسجل صادرا له من المالك الحقيقى ، فإنه لايكون للمشترى منه التمسك بتملك المبيع بالتقادم الخمسى لأن البائع وإن كان لايعتبر مالكا إلا أنه يستطيع الحصول على الملكية بتسجيل العقد الصادر له من المالك أو بمطالبة المالك مطالبة قضائية بتنفيذ التزامه عينا بنقل الملكية إليه وتسجيل الحكم الذى يصدر بعد ذلك .

---

(١) كما قضت محكمة النقض بأن :

" السبب الصحيح هو السند الذى يصدر من شخص لايكون مالكاً للشىء أو صاحباً للحق الذى يراد كسبه بالتقادم ، فإذا كان التصرف بيعاً يجب أن يكون البائع في تصرفه مضيفاً الملك إلى نفسه، أما إذا صدر البيع منه بصفته نائباً عن المالك وتبين عدم نيابته عنه ، فإنه لايتأتى في هذا المقام الاستناد إلى وجود سبب صحيح. وإذ كان الواقع في الدعوى أن إجراءات التنفيذ العقارى قد اتخذت ضد المطعون عليهم الستة الأول المالكين لحصة في المنزل موضوع النزاع في مواجهة وصى عليهم سبق عزله ، فإن الحكم برسو مزاد هذه الحصة على الطاعن لايصلح لأن يكون سبباً صحيحاً لتملك هذه الحصة بالتقادم الخمسى " .

(طعن رقم ١٤٢ لسنة ٤٠ ق جلسة ١٩٧٨/١/٢)

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" السبب الصحيح اللازم توافره للتملك بالتقادم الخمسى هو على مـا تنص عليه المادة ٣/٩٦٩ من القانون المدنى " سند يصدر من شـخص لا يكـون مالكـاً للشيء أو صاحباً للحق الذى يراد كسبه بالتقادم . ويجب أن يكون مسجلا طبقاً للقانون " . والمتصرف الذى لايعـد مالكاً في المعنى المقصود بهذا النص هو شخص يكون غير مـالك للشيء ويستحيل عليه أن ينقل ملكيته إلى من تصرف إليه ، وعلـة ذلـك أن التملك بالتقادم القصير المدة إنما شرع لحماية من يـتعامل بحسن نية مع شخص لايستطيع أن ينقل إليه الملكية بسبب أنه ليس مالكاً ولايخوله سنده حقاً في الحصول على الملكية ، ومن ثـم فإن البائع إذا كان سنده عقداً غير مسجل صادراً له من المالك الحقـيقى فإنـه لايكـون للمشترى أن يتمسك بتملك المبيع بالتقادم الخمسى لأن البائع وإن كان لايعتبر مالكاً إلا أنه يستطيع الحصول علـى الملكية بتسجيل العقد الصادر له من المالك أو بمطالبة المالك مطالـبة قضائية بتنفيذ التزامه عيناً بنقل الملكية إليه وتسجيل الحكم الذى يصدر بعد ذلك " .

(طعن رقم ١٠٧ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٥/١/٢١)

١٧٧- ثالثا : أن يكون التصرف من شأنه أن ينقل الملكية لو أنه صدر من المالك أو صاحب الحق العينى :

يشـــترط أن يكـــون التصرف من شأنه أن ينقل الملكية لو أنه صدر من المالك أو صاحب الحق العينى .

فالتصرفات التى ليس من شأنها نقل الملكية وإنما ترتب مجرد الـــتزامات شخصـــية ، لاتصلح سببا صحيحا للتملك الخمسى ومثل ذلك : عقد الإيجار وعقد الوديعة وعقد الحراسة وعقد العارية وعقد الوكالـــة ، فلا يستطيع الحائزون بمقتضى هذه العقود التملك بالتقادم الخمسى ، حتى لو غير صفة حيازته من عرضية إلى أصلية ، لأنه لاتـــتوافر لديـــه حســـن النية ولأنه لايستطيع الارتكان إلى عقد من العقود السابقة لتخلف وصف السب الصحيح فيها [١].

ومن أمثلة التصرفات التى من شأنها نقل الملكية ما يأتى:

١- البيع :

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

(أ)- " الســـبب الصـــحيح هو السند الذى يصدر من شخص لا يكـــون مالكا للشىء. أو صاحبا للحق الذى يراد كسبه بالتقادم ، فإذا كـــان التصرف بيعا يجب أن يكون البائع في تصرفه مضيفا الملك إلـــى نفســـه ، أما إذا صدر البيع منه بصفته نائبا عن المالك وتبين عـــدم نيابـــته عنه، فإنه لايتأتى في هذا المقام الاستناد إلى وجوب

---

(١) محمد كامل مرسى ص ١٤٤- رمضان أبو السعود ص ٤٥٥.

سـبب صـحيح . وإذ كان الواقع في الدعوى أن إجراءات التنفيذ العقاري قد اتخذت ضد المطعون عليهم الستة الأول المالكين لحصة فـي المنزل موضوع النزاع في مواجهة وصي عليهم سبق عزله ، فإن الحكم برسو مزاد هذه الحصة على الطاعن لا يصلح أن يكون سببا صحيحا لتملك هذه الحصة بالتقادم " .

(طعن رقم ١٤٢ لسنة ٤٠ ق جلسة ١٩٧٨/٢/٢)

(ب) – " الـنص في الفقرة الثالثة من المادة ٩٦٩ من القانون المدني على أن السبب الصحيح الذى تكسب به ملكية العقار بحيازته خمـس سـنوات مع حسن النية هو السند الذى يصدر من شخص لايكـون مالكـا للشيء الذى يراد كسبه بالتقادم ، يدل على أنه متى كـان الـبائع للمشترين المتزاحمين بعقودهم واحدا فلا وجه لتمسك أحدهم في وجه الآخرين بتملك المبيع بالتقادم الخمسى " .

(طعن رقم ٤٨٨ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٨٢/٦/٣)

٢- عقد المقايضة :

ويحـدث ذلك إذا قايض شخص آخر منزلا بأرض مثلا، وكان لايملـك المـنزل الذى قايض عليه أو زالت ملكيته ، كان للمقايض الآخـر أن يعـتقد بحسـن نـية أن المقايض الأول يملك المنزل ، وبالـتالى يـتوافر لديه السبب الصحيح الذى يؤدى مع الحيازة لمدة خمس سنوات إلى تملك المنزل (١).

---

(١) السنهورى ص ١٤٨٨ .

٣- رسو مزاد العقار المحجوز عليه :

فهـو بمثابة بيع ، البائع فيه هو المدين والمشترى هو الراسى عليه المزاد . ومن ثم يصلح أن يكون سببا صحيحا . فلو أن العقار كـان غـير مملـوك للمدين ، ورسا مزاده على شخص يعتقد أنه مملوك للمدين ، فقد توافر عند الراسى عليه المزاد السبب الصحيح وهـو رسو المزاد وحسن النية، وعلى ذلك يجوز أن يتملك العقار الذى رسا عليه مزاده بالتقادم المكسب القصير . أما إذا كان الراسى عليه المزاد سيىء النية ، فإنه لايتملك بالتقادم القصير [1].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

(أ)- " إذا كـان الحكـم قـد نفى حسن النية عن الراسى عليه المزاد في بيع الأشياء المحجوز عليها فإن التحدى بحكم المادة ٩٧٦ من القانون المدنى لا يكون له محل " .

(طعن رقم ١٧٢ لسنة ٢٣ ق جلسة ١٩٥٧/٥/٢٣)

(ب)- "إذا كـان الواقع في الدعوى أن عقارا رمنى مزاده على الطاعنيـن فنازعهم المطعون عليه في شأن ملكية جزء منه تأسيسا علـى أنه يمثل جهة وقف وأن للوقف حصل على حكم ضد المدينة المـنزوع ملكيتها قبل تسجيل حكم مرسى المزاد قضى بتبعية جزء

---

(١) محمـد علـى عرفه ص ٢٤٣ - السنهورى ص ١٤٨٩ - عبد المنعم الصده ص ٦٤٠ .

مــن العيــن المــنزوع ملكيتهاله ، فإن هذا الحكم يكون حجة على الراســى عليه المزاد – ذلك أن الراسى عليهم المزاد بوصفهم خلفا خاصـــا للمديــنة تلقوا عنها الحق بمقتضى مرسى المزاد ويعتبرون ممثليــن في شخص البائعة لهم في الدعوى المقامة من جهة الوقف ضــدها– ولايحول دون هذا التمثيل إلا أن يكون حكم مرسى المزاد قــد ســجل قبل صدور الحكم بتبعية جزء من العين لجهة الوقف ، ولاعــبرة بعد ذلك أن يكون هذا الحكم قد صدر ابتدائيا قبل تسجيل حكــم مرســى المزاد – لأن الحجية تثبت للحكم ولو كان ابتدائيا ، ولاعــبرة بعدم تسجيل جهة الوقف لصحيفة الدعوى ولابعدم تسجيل الحكــم ذلك لأن تمسك الراسى عليهم المزاد بحكم مرسى المزاد – وهو لم يصدر إلا بعد أن قضى بتبعية جزء من العين لجهة الوقف – يعتبر تمسكا بتصرف صادر من غير مالك ولم ينشئ للمتصرف إلــيهم– وهــو المشترون الجدد– أى حق في الملكية بالنسبة لذلك الجــزء إذ التصرف الصادر من غير مالك لايكسب بمجرده الحق العيــنى ولايمكن أن يؤدى إلى كسب الملكية إلا بالتقادم الخمسى إذا توافرت شروطه وأهمها الحيازة فضلا عن السبب الصحيح وحسن النية " .

(طعن رقم ١٧٢ لسنة ٢٤ ق جلسة ١٩٥٩/١/٢٢)

٤- الوصية :

إذا كانت الوصية بعقار معين بالذات ، وكان الموصى لايملك العقار الموصى به ، جاز للموصى عليه تملك العقار بالتقادم الخمسي إذا توافر له شرطا الحيازة وحسن النية [١].

٥- الهبة :

فالهبة تصرف ناقل للملكية .

٦- الوفاء بمقابل .

٧- تقديم الشريك عقارا حصة له في شركة .

٨- الأخذ بالشفعة :

يرى بعض الفقهاء أن الأخذ بالشفعة يصلح أن يكون سببا صحيحا . فلو أن عقار باعه غير مالك لمشتر حسن النية ، فأخذه شفيع بالشفعة وهو حسن النية أى يعتقد أن العقار مملوك للبائع ، فإن الشفيع يستطيع أن يستند إلى الشفعة باعتبارها سببا صحيحا وإلى حسن نيته فيتملك العقار بالتقادم المكسب القصير استنادا إلى ما يأتى : (أولاً) أن الشفعة واقعة مركبة ، ويدخل في تركيبها إرادة الشفيع في أن يأخذ بالشفعة، وهذه الإرادة هى تصرف قانونى ناقل للملكية .

---

(١) محمد لبيب شنب ص ١٩٦ – منصور مصطفى منصور ص ٤٢٢ .

(ثانـــيا) أن الشفيع يحل محل المشترى في جميع حقوقه ، ومن حـــق المشـــترى حســـن النية الذى اشترى من غير مالك أن يتملك العقـــار المبـــيع بالتقادم المكسب القصير ، فكذلك الشفيع الذى حل محله يستطيع هو أيضا أن يتملك العقار بالتقادم المكسب القصير(١).

أمـــا العقود الكاشفة للحقوق العينية ، فلا تعتبر سندا صحيحا للتملك بالتقادم الخمسى .

ومن أمثلة ذلك :

(أ) ـ القسمة الرضائية :

عقـــد القسمة لا يعتبر بذاته سببا صحيحا لأنه كاشف للحقوق لا نـــاقلا لهـــا . ولكن يعتبر عقد القسمة متمما لسبب صحيح هو عقد البـــيع ومكملاله ، بمعنى أنه يجعل وضع يد المشترى على الشيوع بعـــيدا عن كل إبهام إذ يتمكن المشترى بمقتضاه من وضع يده على المبـــيع مفـــرزا محددا . بشرط أن تحتسب مدة التقادم فى مثل هذا الفرض ابتداء من وقت حصول القسمة مع البائعين للمشترى، لا من الوقت الذى صدر فيه عقد البيع على الشيوع(٢) .

---

(١) الســـنهورى ص ١٤٩٠هـــامش (٢) منصور مصطفى منصور – ص ٤٢٠ – رمضان أبو السعود ص ٤٥٤ .

(٢) محمـــد علـــى عـــرفه ص ٢٤٣ – السنهورى ص ١٤٩٢ – منصور مصطفى منصور ص ٤٢٢ .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" إذا ظهر عجز فيما يختص به أحد الشريكين فى الأطيان ، ثم تبيـن أن هـذا العجـز يدخل فيما باعه ورثة الشريك الآخر على الشيوع من نصيب مورثهم بمقتضى عقد بيع تلاه عقد قسمة اختص بموجـبه المشـترى بالأطيان المجاورة لنصيب ذلك الشريك ومن ضـمنها المساحة المكملة لنصيبه ، ثم رفع هذا الشريك دعوى على المشترى طلب فيها تثبيت ملكيته إلى ما ظهر فى نصيبه من العجز فقضت المحكمة باعتبار المشترى مالكا بالتقادم الخمسى للجزء الذى وجـد ناقصـا من أرض المدعى بوضع يده عليه من وقت إجراء القسـمة بيـنه وبين البائعين له لغاية رفع الدعوى إذ وضع يده قد توافرت فيه الشروط القانونية وكان يستند إلى سبب صحيح هو عقد القسـمة وعقد البيع السابق عليه فإنها لاتكون قد خالفت القانون فى قولهـا بـتوافر السبب الصحيح ، ولا يكون فى حكمها تجهيل لهذا السـبب . لأن ما قصدته واضح وهو أن عقد البيع الناقل للملكية قد صـدر علـى الشيوع فأكمله وتممه عقد القسمة الذى حدد الأرض المبيعة . واعتبار عقد البيع الصادر للمشترى سببا صحيحا بالنسبة إلى العجز صحيح ، لأن البائعين له وإن كانوا ملاكا لما باعوه فإنهم بالنسبة للمقدار الذى أدخلوه فى المبيع من نصيب الشريك يعتبرون بائعيـن مـالا يملكون فيكون عقد البيع الصادر منهم فى ذلك سببا

صحيحا فى حكم المادة ٧٦ من القانون المدنى . إلا أنه من الواجب عـند اعتـبار هـذا العقد كذلك أن يفرق بين ما هو داخل فعلا فيه فيعتـبر بـيعا من غير مالكه وضع المشترى عليه يده بحسن نية ، وبيـن ما يكون زائدا على المقدار المبيع فيكون وضع يد المشترى علـيه حاصـلا بطريق الاغتصاب لامستندا إلى سبب صحيح فلا يصح أن يتملكه المشترى إلا بالتقادم الطويل " .

(طعن رقم ١٤٥ لسنة ١٤ ق جلسة ١٩٤٥/٥/٢٤)

(ب) ـ عقد الصلح :

لايصـلح عقد الصلح سببا صحيحا لأنه تصرف كاشف . فإذا تـنازع شخصان على عقار وتصالحا على اعتباره ملكا لأحدهما ، فـلا يجوز لهذا أن يستند إلى عقد الصلح باعتباره سببا صحيحا فى مواجهـة المـالك الحقيقى . لكن إذا أعطى أحد المتصالحين عقاراً خاصا به للمتصالح الآخر فى مقابل بعض الأعيان المتنازع عليها ، فإن الصلح بالنسبة إلى هذا العقار غير المتنازع عليه يعتبر تصرفا قانونيا ناقلا للملكية ، ويجوز تملكه بالتقادم الخمسى [1].

(ج) – الأحكام القضائية :

يلحق أيضا بالعقود غير الناقلة للملكية ، الأحكام القضائية فهى لاتعتـبر أسـبابا صـحيحة للتملك الخمسى ، لأنها كاشفة للحقوق

(١) محمد كامل مرسى ص ١٥٨ – منصور مصطفى منصور ص ٤٢٢ – عبد المنعم الصده ص ٦٤١ ومابعدها .

وليســت ناقلــة لها . فإذا تنازع شخصان على ملكية عقار ، فرفع أحدهمــا دعــوى الاســتحقاق وحكم لصالحه ، ثم تبين بعد ذلك أن العقار مملوك لشخص ثالث ، فلا يجوزلمن صدر الحكم لصالحه أن يستند إليه باعتباره سببا صحيحا للتملك بالتقادم الخمسى [١].

وكذلك لايعتبر سببا صحيحا الحكم الصادر بالقسمة القضائية ، فهــو لاينقل الملكية بل يكشف عنها ، ومن ثم إذا وقع عقار مملوك للغــير فى نصيب أحد المتقاسمين بموجب حكم القسمة ، لم يستطيع هــذا المتقاسم ولو كان حسن النية أن يعتبر هذا الحكم سببا صحيحا لتملك العقار ضد المالك الحقيقى بالتقادم المكسب القصير [٢].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

نصت الفقرة الأولى من المادة ٩٦٩ من القانون المدنى الجديد على أنه " إذا وقعت الحيازة على عقار أو على حق عينى عقارى، وكانت مقترنة بحسن نية ومستندة فى الوقت ذاته إلىسبب صحيح ، فــإن مدة التقادم المكسب تكون خمس سنوات " ، كما نصت الفقرة الثالــثة مــنها على أن " السبب الصحيح سند يصدر من شخص لا يكون مالكاً للشىء أو صاحباً للحق الذى يراد كسبه بالتقادم ، ويجب

---

(١) عــبد المــنعم الصده ص ٦٤٢ – منصور مصطفى منصور ص ٤٢٢ ومابعدها – محمد على عرفه ص ٢٤٣ .

(٢) السنهورى ص ١٤٩٤ ومابعدها – منصور مصطفى منصور ص٤٢٣.

أن يكــون مسجلاً طبقاً للقانون " ومن ثم فلا تؤدى الحيازة المستندة إلى عقد بيع ابتدائى إلى كسب ملكية العقار الذى وقعت عليه بالتقادم الخمسى .

(طعن رقم ٢٢٣ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧٢/٣/٢٣)

إنما يستثنى من ذلك التصرف المرتب لرهن حيازى عقارى ، إذ أن الحق العينى التبعى العقارى ينتقل فيما بين المتعاقدين بمجرد العقد ، فلا يجب فيه القيد إلا لكى يكون حجة على الغير (م١٢ من قانون تنظيم الشهر العقارى [1]).

واشتراط تسجيل السبب الصحيح من شأنه أن يجعل كسب الحق بالتقادم الخمسى نادر الوقوع فى الحياة العملية ، لأن مكاتب الشهر العقــارى لاتقــوم بتســجيل التصرف إلا إذا قدمت إليه المستندات المؤيدة لملكية المتصرف [2].

١٧٨ـ الوضع بالنسبة لبعض الفروض للسبب الصحيح:

١ـ التصرف القانونى الباطل :

لــيس للتصــرف الــباطل وجــود قانونى ، فهو لاينتج الآثار المقصودة منه أيا كان سبب البطلان ، ولهذا لاتنتقل الملكية أو الحق العيــنى بموجــبه ولو كان مسجلا . ومن ثم لايصلح سببا صحيحا.

---

(١) عبد المنعم الصده ص ٦٤٣.

(٢) عبد المنعم الصده ص ٦٤٤ – منصور مصطفى منصور ص ٤٣٣ .

ويجوز للمالك أن يتمسك ببطلانه ، إذ أن البطلان المطلق يحق لكل ذى مصلحة أن يتمسك به (م ١٤١ مدنى) ومن الواضح أن للمالك مصلحة جدية فى التمسك ببطلان السند الذى يستند إليه الحائز [١].

ويستوى أن يكون بطلان التصرف راجعا إلى سبب شكلى أو موضوعى .

ومثل التصرف الباطل لعيب شكلى ، عقد الهبة الذى يحرر فى عقد عرفى ، فهو لايصلح أن يكون سببا للتملك بالتقادم الخمسى[٢].

أما إذا لجأ المتعاقدان إلى ستر الهبة فى شكل عقد من عقود المعاوضة فيمكن اعتبار العقد الساتر سببا صحيحا متى توافرت صفات هذا العقد وعناصره اللازمة لإتمامه من حيث الظاهر .

وكذلك إذا قام الواهب أو ورثته مختارين بتنفيذ هبة باطلة لعيب فى الشكل انقلبت الهبة صحيحة ، فإنه يزول أثر هذا البطلان ، ويصح اعتبار عقد الهبة سببا صحيحا للاحتجاج به قبل المالك الحقيقى ، إذ تنص المادة ٤٨٩ مدنى على أنه إذا قام الواهب أو ورثته مختارين بتنفيذ هبة باطلة لعيب فى الشكل انقلبت الهبة صحيحة .

---

(١) عبد المنعم الصده ص ٦٤٤ – عمر وحيد الدين سوار ص ٦٧٣.

(٢) محمد على عرفه ص ٢٤٥ – محمد كامل مرسى ص ١٤٧.

ومـن الأمـثلة أيضا الوصية إذا لم تستوف الشكل المطلوب ، فإنها تعتبر باطلة ، ولاتصلح سندا للتملك بالتقادم الخمسى .

ومـن أمثلة بطلان التصرف لسبب موضوعى . أن يكون محل العقـد وسببه غير مشروعين ، كما إذا كان القصد من شراء العقار إدارتـه للدعـارة وكان البائع عالما بقصد المشترى ، إذ يقع العقد باطلا بطلانا مطلقا لمخالفته للآداب .

وكذلك يعد باطلا بطلانا مطلقا كل تصرف يقع فى تركة إنسان علـى قيد الحياة (م ٢/١٣١ مدنى) وعقد الهبة الذى يعقده الواهب لخليلـته إذا كـان الباعث على هذا التبرع إيجاد علاقة غير شريفة بينهما (١).

وكذلـك عقـد البـيع الوارد على حقوق متنازع فيها إذا كان المشـترى أحـد الأشخاص المذكورين فى المادتين ٤٧٢،٤٧١ من القـانون المدنـى ، إذ أنهما تقرران بطلان البيع الذى يتم بالمخالفة لحكمها بطلانا مطلقا (٢).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" صـدور الحكـم بـبطلان قرار إنهاء الوقف يقتضى اعتبار الإنهـاء عديـم الأثر ويبنى على ذلك أن صفة الوقف تظل لاحقة بالعقار الموقوف ولم تزل عنه وبالتالى يكون التصرف الحاصل فيه

---

(١) المستشار محمد عبد اللطيف ص ٤٠٩.

(٢) محمد على عرفه ص ٢٤٥ .

بالبـــيع قبل الحكم ببطلان قرار الإنهاء قد وقع باطلا بطلانا مطلقا ولايصلح سببا صحيحا فى التملك بالتقادم الخمسى " .

(طعن رقم ١٦١ لسنة ٢٧ ق جلسة ١٩٦٢/١٢/١٣)

٢ـ التصرف القانونى القابل للإبطال :

التصــرف القـــابل للإبطال يقع صحيحا ومنتجا لآثاره ، ويظل كذلـــك إلـــى أن يحكـــم بإبطاله ، فهو من هذا ينقل الملكية أو الحق العيـــنى . ولايجوز للمالك أن يتمسك بهذا الإبطال ، لأن الحق في طلـــب الإبطال لا يثبت إلا للعاقد الذى شـــرع الإبطـــال لمصلحته (م ١٣٨ مدنى).

فمن يشترى عقارا من شخص ناقص الأهلية غير مالك يحق له إذا كـــان حسن النية وحاز العقار لمدة خمس سنوات أن يستند إلى عقـــد البـــيع باعتباره سببا صحيحا في تمسكه بالتقادم الخمسى ضد المالك الحقيقى[1] .

وكذلـــك إذا باع شخص عقارا لا يملكه وكان البيع مشوبا بعيب مـــن عـــيوب الإرادة كـــالغلط أو التدليس أو الإكراه فإنه يصلح أن يكون سببا صحيحا للتملك بالتقادم الخمسى .

---

(١) ويلاحـــظ أن ناقص الأهلية يحق له أن يطلب الإبطال مادامت دعواه لم تســـقط بالـــتقادم ، حتى لو كان ذلك بعد مضى خمس سنوات من حيازة المشترى للعقار، فلا يستطيع المشترى أن يتمسك ضده بالتقادم الخمسى، لأن هذا التقادم لايتكفل إلا بالعيب الناجم من عدم ملكية المتصرف ، فلا يمـــتد أثره إلى العيوب الأخرى التى تلحق التصرف ، ومن هذا لايجوز التمسك به إلا في مواجهة المالك الحقيقى.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" .... ولهــذا يصـــلح العقد الباطل بطلانا نسبيا ، وكذلك العقد المعلــق علـــى شـــرط فاسخ مدة قيام هذا الشرط ، لأن يكون سببا صـــحيحا لتمليك المشترى، على أساسه ، العقار بوضع اليد . فبيع الشـــريك على المشاع جزءا مفروزا محدودا يصلح إذن لأن يكون سببا صحيحا لتملك المبيع بالتقادم ، متى توافر عند المشترى حسن النية " .

(طعن رقم ١٨ لسنة ٢ ق جلسة ١٩٣٢/٦/١٦)

غـــير أنـــه إذا أبطـــل مـــن تقرر الإبطال لمصلحته التصرف القـــانونى، فإن هذا التصرف يصبح لا وجود له ، فلا يعود صالحا لأن يكون سببا صحيحا .

على أنه في هذا الفرض لايغدو هناك محل للسبب الصحيح ، إذ أن الحائـــز يرد العقار إلى المتصرف بعد الحكم بإبطال التصرف . وقد يستعمل المالك الحقيقى دعوى الإبطال باسم المتصرف لإبطال التصرف القانونى[١].

٣ـ التصرف القانونى الظنى :

التصـــرف القانونى الظنى (putatif titre) هو التصرف الذى لاوجـــود له في الحقيقة ولكنه متوهم الوجود فيظن الحائز للعقار أن العقـــار قـــد انـــتقل إلـــيه بتصرف قانونى ناقل للملكية مع أن هذا

---

(١) السنهورى ص ١٤٩٩ وهامش (٢) .

التصــرف لا وجــود له إلا في مخيلته [١]، كما لو عهد شخص إلى وكــيل له بشــراء عقار فيأتيه هذا الوكيل موهما إياه أنه اشترى له عقــارا معيــنا فيضع الموكل يده عليه اعتقادا منه أن وكيله اشترى هذا العقار باسمه .

ومثل ذلك أيضا أن يبيع شخص أراضى لا يملكها لمشتر حسن النــية ، ويعين في عقد البيع هذه الأراضى . ثم يضع المشترى يده علــيها ، ولكــن يدخــل ضمن ما وضع يده عليه أرض أخرى لم يشملها عقد البيع ويعتقد المشترى بحسن نية أن عقد البيع قد شملها. فعقــد البــيع فيما يتعلق بهذه الأرض عقد ظنى لاوجود له إلا في مخــيلة المشترى . ومن ثم لايستطيع هذا الأخير أن يستند إلى هذا العقد الظنى وأن يعتبره سببا صحيحا لتملك الأرض التى لم يشملها عقد البيع ضد المالك الحقيقى بالتقادم المكسب القصير [٢].

(أنظــر نقــض طعن رقم ١٨ لسنة ٢ ق جلسة ١٦/٦/ ١٩٣٢ المنشور سلفا بهذا البند) .

وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بتاريخ ١٠/٥/١٩٠٢ :

بأنــه لايجــوز لواضع اليد التمسك بالتقادم الخمسى إذا لم تكن الحــدود الواردة في العقد منطبقة على حدود العقار الذى يضع يده علــيه أو كانــت مساحة هذا العقار تزيد على المساحة الواردة في العقد لأن هذه الزيادة تقوم على سند ظنى ولايجوز اكتسابها بمضى المدة الطويلة .

---

(١) المستشار محمد عبد اللطيف ص ٤١١ – محمد على عرفه ص ٢٤٤.

(٢) السنهورى ص ١٥٠٢ .

ء- التصرف القانونى الصورى :

يجــب الــتفرقة بين الصورية المطلقة والصورية النسبية ، ففى الصــورية المطلقة يكون العقد الظاهر لاوجود له في الحقيقة وهذا الــنوع من الصورية لايصلح لأن يكون سببا صحيحا تكتسب معه الملكــية بالــتقادم الخمســى لأن العقــد منعدم الوجود قانونا . أما الصورية النسبية فإن العقد له وجود قانونى غير أن الطرفين يخفيان حقيقته كتحرير عقد هبة في صورة عقد بيع فالعقد الظاهر هو البيع وهــو عقــد صــورى والعقد المستتر هو الهبة وهو العقد الحقيقى ويكون الغرض من الصورية عادة الهرب من رسمية العقد فيما لو ظهــرت الهبة في ثوبها الحقيقى ، وهذا النوع من الصورية يصلح معه العقد السائر أن يكون سببا صحيحا متى كان هذا العقد مستوفيا لجمــيع أوضاعه الشكلية بحيث يبدو للمطلع عليه للوهلة الأولى أنه عقد بيع حقيقى .

وقــد تتناول الصورية النسبية ركنا أو شرطا في العقد كعقد بيع يذكــر فــيه الطــرفان ثمــنا أقل من الثمن الحقيقى لتخفيف رسوم التســجيل أو ثمنا أكبر من الثمن الحقيقى منعا من الأخذ بالشفعة ، وهــذا النوع من الصورية يصلح معه العقد لأن يكون سببا صحيحا للتملك بالتقادم الخمسى لأن للعقد في هذه الحالة وجود قانونى [١].

---

(١) المستشار محمد عبد اللطيف ص ٤١٢– رمضان أبو السعود ص ٤٥٨.

ويـأخذ حكم التصرف الصورى صورية مطلقة العقد المزور ، فهو لا وجود له في الحقيقة .

١٧٩ـ التصـرف القـانونى المعلـق على شرط واقـف أو على شرط فاسخ :

إذا كان التصرف القانونى الناقل للملكية معلقا على شرط واقف، فـإن هذا الانتقال لايتم لو أن التصرف صدر من مالك إلا إذا تحقق الشـرط ، وعلـيه لايصـلح هذا التصرف سببا صحيحا طالما أن الشـرط لـم يـتحقق . فإذا تحقق الشرط فإن التصرف يعتبر سببا صـحيحا من وقت هذا التحقق ، فلا تحسب مدة التقادم إلا من هذا الوقت .

ولا مجال هنا لانطباق فكرة الأثر الرجعى للشرط لو أن الحيازة كانـت قائمـة قبل تحقق الشرط ، لأن الحيازة لاتعتبر مستندة إلى سـبب صحيح إلا من الوقت الذى يكون الشرط فيه قد تحقق فعلا ، أما الحيازة السابقة على ذلك فإنها تكون مقترنة بالتزام الحائز بالرد في حالة تخلف الشرط ، فتكون بذلك حيازة عرضية .

أمـا إذا كان التصرف القانونى الناقل للملكية معلقا على شرط فاسـخ ، فمـثل هذا التصرف ينقل الملكية لو أنه صدر عن مالك ، وبالـتالى يصـلح لأن يكـون سببا صحيحا . فإذا لم يتحقق الشرط اعتـبر التصرف سببا صحيحا بصفة نهائية . أما إذا تحقق الشرط

فــإن التصــرف يزول، فينعدم السبب الصحيح ولايستطيع الحائز التمسك بالتقادم الخمسى ، بل عليه أن يرد العقار للمالك الحقيقى إذا استرده بدعوى الاستحقاق [١].

(راجع طعن رقم ١٨ لسنة ٢ق ١٩٣٢/٦/١٦ منشور ببند ١٧٨)

١٨٠ـ رابعاً : أن يكون السبب الصحيح مسجلا [٢]:

---

(١) رمضــان أبو السعود ص ٤٥٨ ومابعدها – منصور مصطفى منصور ص ٤٢٤– عبد المنعم الصده ص ٦٤٦ .

(٢) **الوضع في ظل القانون المدنى القديم :**

كانــت الملكــية في ظل التقنين المدنى القديم تنتقل فيما بين المتعاقدين بمجــرد التراضى ، ولم يكن التسجيل إلا أداة للشهر وإعلام الغير بنقل الملكــية ، دون أن يكــون شــرطا أساسيا في انتقالها . ثم صدر قانون التسجيل في سنة ١٩٢٣ ونص في مادته الأولى على أن الملكية العقارية لاتنــتقل ولاتتغير ولا تزول إلا بالتسجيل ، ولايترتب على العقود غير المسجلة من الأثر سوى التزامات شخصية بين المتعاقدين .

وقــد انقســم الــرأى فيما إذا كان يشترط في السبب الصحيح أن يكون مســجلا . فذهــب رأى إلى أن السبب الصحيح لايشترط فيه أن يكون مسجلا ، وإنما يطلب فيه فحسب أن يكون ثابت التاريخ وذلك بحِجة أن التســجيل ليس ركنا في عقد البيع الذى يتم بإيجاب وقبول ، وأن المالك الحقيقى ليس من الغير بالمعنى المقصود في باب التسجيل . وذهب رأى آخر إلى أن السبب الصحيح يشترط فيه أن يكون مسجلا وذلك بحجة أن الســبب الصــحيح هو التصرف الناقل للملكية بحيث لايعيبه سوى كونه صــادراً من غير مالك ، فإذا كان التصرف لاينقل الملكية في ذاته لعدم استيفاء ما يوجبه القانون من إجراءات فلا يصح اعتباره سببا صحيحا .

يشترط أن يكون السبب الصحيح مسجلا ، لأن الملكية والحقوق العينيــة الأخــرى لاتنــتقل ســواء بالنسبة للمتعاقدين أو الغير إلا بالتســجيل . ومن ثم إذا كان التصرف الصادر من المتصرف إلى المتصــرف إلــيه الحائــز غير مسجل فإنه لا يكون من شأنه نقل الملكــية إلــيه لو كان المتصرف مالكا ، ومن ثم لايصلح عقد البيع العــرفى غــير المسجل مثلا سببا صحيحا لاكتساب الملكية التقادم الخمسى .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" نصت الفقرة الأولى من المادة ٩٦٩ من القانون المدنى الجديد علــى أنه " إذا وقعت الحيازة على عقار أو علىحق عينى عقارى، وكانت مقترنة بحسن نية ومستندة في الوقت ذاته إلى سبب صحيح، فــإن مــدة التقادم المكسب تكون خمس سنوات ، كما نصت الفقرة الثالــثة مــنها علــى أن " السبب الصحيح سند يصدر من شخص لايكــون مالكــا للشيء أو صاحبا للحق الذى يراد كسبه بالتقادم ،

وقد أخذت محكمة النقض بالرأى الأول إذ قضت بأن :

١- " لايشــترط تسجيل السبب الصحيح لإمكان احتجاج واضع اليد به علــى المالك الحقيقى لإفادة التملك بالتقادم الخمسى سواء فيما قبل قانون التسجيل وفيما بعده . أما اشتراط ثبوت تاريخ السبب الصحيح للاحتجاج به في تحديد مبدأ وضع اليد فلا نزاع فيه قانونا " .

(طعن رقم ٥٠ لسنة ٣ ق جلسة ١٩٣٢/١٢/٢٨)

ويجـب أن يكـون مسجلا طبقا للقانون " ومن ثم فلا تؤدى الحيازة المسـتندة إلـى عقد بيع ابتدائى إلى كسب ملكية العقار الذى وقعت علـيه بالتقادم الخمسى وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر ، فإن يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه " .

(طعن رقم ٢٢٣ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧٢/٣/٢٣)

٢- " لمـا كـان الطاعـنون قد تمسكوا أمام محكمة الاستئناف بـتملكهم أرض النزاع بالتقادم الخمسى استنادا إلى حيازتهم لها مدة تـزيد علـى خمس سنوات مقترنة بحسن النية ومستندة إلى السبب الصـحيح وهو عقد البيع الصادر لمورثيهما ، وإذ كانت المادة ٧٦ من التقنين المدنى السابق المقابلة للمادة ٩٦٩ من التقنين الحالى قد نصـت علـى أن ملكية العقار تكتسب بوضع اليد عليه مدة خمس سـنوات متتالية متى كانت الحيازة مقترنة بحسن النية ومستندة في ذات الوقت إلى سبب صحيح والسبب الصحيح هو العقد الصادر من غير مالك بشرط أن يكون مسجلا ، وقد التفت الحكم المطعون فيه عـن عقد الطاعنين المؤرخ ١٩٣٦/٩/٢٣ والمسجل لكونه صادرا من غير مالك، فإن إغفال الحكم المطعون فيه الرد على هذا الدفاع الجوهـرى الذى لو حقق لجاز أن يتغير به وجه الرأى في الدعوى بجعله مشوبا بالقصور " .

(طعن رقم ٢٧٥ لسنة ٤١ ق جلسة ١٩٧٥/١٢/٨)

٣- " المقـــرر وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن شرط تملــك العقـــار بالتقادم الخمسى المنصوص عليه بالمادة ٩٦٩ من القـــانون المدنى هو وضع اليد عليه مدة خمس سنوات متتالية متى كانـــت الحيازة مقترنة بحسن نية ومستندة في ذات الوقت إلى سبب صـــحيح وهو العقد الصادر من غير مالك بشرط أن يكون مسجلا. وحسن النية الذى يقتضيه التملك الخمسى هو اعتقاد المتصرف إليه اعـــتقادا سليما تاما حين التصرف أن المتصرف مالك لما يتصرف فيه بحيث إذا شاب هذا الاعتقاد ثمة شك انتفى حسن النية " .

(طعن رقم ٢٤٩ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨٤/١/٢٤)

١٨١ـ إثبات السبب الصحيح :

يقع على الحائز الذى يتمسك بالتقادم إثبات السبب الصحيح في الـــتقادم الخمسى ، وذلك على خلاف ما سنرى في خصوص تملك المـــنقول بالحـــيازة ، حيث يفترض في حائز المنقول أنه يستند في حيازته إلى سبب صحيح (م ٣/٩٧٦ مدنى).

ويكون إثبات السبب الصحيح طبقا للقواعد العامة في الإثبات ، حيـــث تجـــب الكـــتابة أو ما يقوم مقامها في الإثبات إذ زادت قيمة العقـــار علـــى خمسمائة جنيه ، فإذا كانت قيمته تقل عن ذلك جاز الإثبات بالبينة والقرائن .

ويجـــب على الحائز أيضا أن يثبت أن السبب الصحيح مسجل طبقا لما يقضى به القانون [١].

ولايغنى عن إثبات السبب الصحيح ثبوت حسن النية ، فكل من السبب الصحيح وحسن النية شرط مستقل عن الآخر .

---

(١) الســنهورى ص ٥٠٩ – محمـــد كـــامل مرسى ص ١٧٨– عبد المنعم الصـــده ص ٦٥٠– رمضان أبو السعود ص ٤٦١ – منصور مصطفى منصور ص ٤٢٤ ومابعدها – وعكس ذلك محمد لبيب شنب ص ١٩٧ ومابعدهـــا فيرى أن القانون افترض وجود السبب الصحيح لدى الحائز عملا بالمادة ٣/٩٧٦ مدنى ، وعلى من يدعى العكس إثبات انتفائه بكافة طرق الإثبات .

(الشرط الرابع)
(حسن نية الحائز)

١٨٢ـ المقصود بحسن النية :

اشـــترطت الفقرة الأولى من المادة ٩٦٩ لاكتساب حيازة العقار بالتقادم الخمسى أن تكون حيازة الحائز مقترنة بحسن النية (١).

وقد عرفت محكمة النقض حسن النية بقولها :

حســـن النـــية الذى يقتضيه التملك بالتقادم الخمسى هو اعتقاد المتصـــرف إليه اعتقاداً باتا حين التصرف أن المتصرف مالك لما يتصـــرف فيه ، فإذا كان يشوب ذلك الاعتقاد أدني شك امتنع حسن النية (٢).

---

(١) لم يصرح القانون المدنى القديم في المادة ٧٦ باشتراط حسن نية الحائز كأساس للتملك بالتقادم الخمسى، ومع ذلك فإنه كان من المجمع عليه فقها وقضاء لزوم هذا الشرط لافتراضه بداهة وبدون حاجة إلى التصريح به في القانون (محمد على عرفه ص ٢٤٧) .

(٢) ويتفق هذا التعريف وتعريف الفقه لحسن النية .
فقـــد عرفه الدكتور محمد كامل مرسى بأنه " اعتقاد المتصرف له وقت التصرف أن من تلقى الحق عنه هو المالك الحقيقى للعين التى نقلها إليه أو أنـــه صـــاحب الحق الذى انتقل إليه . فإذا وجد لديه أى شك في حق مملكه كان سيىء النية " ص ١٨٢ .
وعرفها الدكتور عبد الرزاق السنهورى بأنها " أن يكون الحائز قد اعتقد، وقـــت تلقيه الملكية أو الحق ، أنه يتلقى الملكية من المالك أو الحق من صاحبه .. " (ص ١٥١٠).

فحســن النية في هذا الخصوص يقوم أساسا على اعتقاد الحائز أنه يتعامل مع مالك العقار أو صاحب الحق العينى على العقار إنما يجب أن يكون هذا الاعتقاد تاما ، بحيث إذا ساور الحائز أدني شك في هذا الشأن كان سيىء النية . وهذا معيار شخصى ينظر فيه إلى مدى ما يقوم في نفس الحائز من اعتقاد فيما يتعلق بصفة الشخص الــذى يــتعامل معــه . فليست العبرة بما يمكن أن يعتقده الشخص العــادى لــو أنه وجد في نفس ظروف الحائز ، بل العبرة بما يقوم لــدى الحائــز نفسه من اعتقاد . فحسن النية إذن يتحدد عند الحائز بأنــه غلــط يقع فيه ، يدفعه إلى الاعتقاد بأن المتصرف هو مالك العقار أو صاحب الحق[١] .

فقد جرى قضاء محكمة النقض على أن :

١- " إن ســوء النية المانع من اكتساب الملك بالتقادم الخمسى مــناطه ثبوت علم المشترى وقت الشراء بأن البائع إليه غير مالك لمــا باعــه . فمجرد علم المشترى بعدم نقل تكليف الأطيان المبيعة بمقتضـــى عقد مسجل إلى اسم البائع لبائعه لايكفى في الدلالة على سوء النية لأنه وحده لا يدل على أن المشترى كان يعلم أنه يشترى مــن غــير مــالك إذ يجوز أن يعتقد أن البائع له مالك رغم علمه

---

(١) عــبد المــنعم الصده ص ٦٣٠ – السنهورى ص ١٥١٠ – محمد على عرفه ص ٢٤٨ .

بتكليف المبيع على غيره فإذا أسس الحكم سوء النية على ذلك كان معيبا وتعين نقضه " .

(طعن رقم ٣٣ لسنة ٦ ق جلسة ١٩٣٦/١١/٥)

٢- حسن النية الذى يقتضيه التملك بالتقادم الخمسى هو اعتقاد المتصرف إليه اعتقادا تاما حين التصرف أن المتصرف مالك لما يتصرف فيه ، فإن كان هذا الاعتقاد يشوبه أدنى شك امتنع حسن النية . وحسن النية مسألة واقعية يستقل بتقديرها قاضى الموضوع... إلخ " .

(طعن رقم ١٤٨ لسنة ١٦ ق جلسة ١٩٤٨/١/٢٩)

٣- " إذا كان الحكم المطعون فيه قد اشترط لإمكان التملك بالتقادم الخمسى أن يكون واضع اليد الذى اشترى من غير مالك حسن النية وقت تلقى الحق ، فإن هذا الحكم لا يكون قد خالف القانون وليس فيما أوردته المادتان ٧ و ١٢ من قانون التسجيل رقم ١٩ لسنة ١٩٢٣ ما يغير من هذا النظر ".

(طعن رقم ٢٨٦ لسنة ٢٠ ق جلسة ١٩٥٣/١٠/١٥)

٤- لايكفى لاستفادة نازع الملكية الذى رسا عليه مزاد العقار المنزوعة ملكيته من التقادم الخمسى تذرعه بجهله حقيقة هذه الملكية أو أن أحدا لم ينبه إليه ذلك بل واجبه وهو البحث والاستقصاء وراء

هــذا البيان وإلا كان تقصيره مما يتعارض مع حسن النية ولايجوز له أن يفيد من تقصيره " .

(طعن رقم ٤٣٣ لسنة ٢٢ ق جلسة ١٩٥٦/٥/٣١)

٥- " مناط سوء النية المانع من اكتساب الملك بالتقادم الخمسى ثبوت علم المتصرف إليه وقت تلقى الحق بأن المتصرف غير مالك لمــا يتصـــرف فيه ، وإذا كان عدم ذكر سند ملكية البائع للطاعنين وتعهــده بتقديم سند الملكية للمشترين ليس من شأن أيهما أن يؤدى عقلاً إلى ثبوت علم الطاعنين بأن البائع لهما غير مالك ، فإن الحكم المطعــون فــيه إذ أســس ثبوت سوء النية على ذلك يكون معيباً بالقصور " .

(طعن رقم ٣٥٦ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٤/٤/٣٠)

٥- " سوء النية المانع مع التملك بالتقادم الخمسى مناطه ثبوت علــم المشــترى وقت الشراء بأن البائع له غير مالك لما باعه فإذا اســتدل الحكم المطعون فيه على سوء نية الطاعن (المشترى) بأنه كان على صلة بالمالك الحقيقى في سنوات لاحقة لتاريخ الشراء فإن استدلاله يكون فاسدا إذ يجب أن يثبت سوء نية الحائز وقت الشراء حتى يمتنع عليه التملك بالتقادم الخمسى " .

(طعن رقم ٨٥ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٨/٢/١٥)

٦- " مفـاد نـص الفقـرة الأولى من المادة ٩٦٥ من القانون المدنى أنه يشترط لحسن النية أن يجهل الحائز أنه يعتدى على حق الغير ولايخالجه أى شك في هذا ، كما يجب ألا يرتكب خطأ جسيما في جهله بأنه يعتدى على حق الغير " .

(طعن رقم ٤٤٧ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٨/١٠/٢٩)

٧- " حسن النية الذى يقتضيه التملك بالتقادم القصير هو اعتقاد المتصـرف إليه اعتقادا تاما حين التصرف أن المتصرف مالك لما يتصرف فيه ، فإذا شاب هذا الاعتقاد أدنى شك امتنع حسن النية".

(طعن رقم ٤٠٣ لسنة ٤٠ ق جلسة ١٩٧٦/١١/٢٣)

٨- " المقـرر وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن شرط تملـك العقـار بالتقادم الخمسى المنصوص عليه بالمادة ٩٦٩ من القـانون المدنى هو وضع اليد عليه مدة خمس سنوات متتالية متى كانـت الحيازة مقترنة بحسن نية ومستندة في ذات الوقت إلى سبب صحيح وهو العقد الصادر من غير مالك بشرط أن يكون مسجلا . وحسن النية الذى يقتضيه التملك الخمسى هو اعتقاد المتصرف إليه اعـتقادا سليما تاما حين التصرف أن المتصرف مالك لما يتصرف فيه بحيث إذا شاب هذا الاعتقاد ثمة شك انتفى حسن النية .

(طعن رقم ٢٤٩ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨٤/١/٢٤)

٩- " المقـرر- فـي قضاء هذه المحكمة - تطبيقا لنص الفقرة الثانـية من المادة ٩٦٥ من القانون المدنى والفقرة الثانية من المادة ٩٦٩ مـن هذا القانون أن حسن النية يفترض دائما ما لم يقم الدليل على العكس ، وأن مناط سوء النية المانع من اكتساب الملك بالتقادم الخمسـى هـو ثـبوت علـم المتصرف إليه وقت تلقى الحق بأن المتصرف غير مالك لما يتصرف فيه " .

(طعن رقم ٢٢٤ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٧/١١/٢٦)

١٠- " المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أن حسن النية الذى يتقضـيه الـتملك بالتقادم الخمسى هو اعتقاد المتصرف إليه اعتقادا سـليما تامـا حين التصرف أن المتصرف مالك لما يتصرف فيه ، بحيـث إذا شـاب هـذا الاعتقاد ثمة شك انتفى حسن النية. وكان الطاعـن قد تمسك أمام محكمة الاستئناف بسبق منازعته للمطعون ضدهما الأولين في وضع يدهما على أطيان النزاع قبل تلقى حقهما بـالعقد بالمسـجل .... بـتاريخ ...... وقدم تدليلا على دفاعه صورة المحضر ..... إدارى مركز ..... والمتضمن شكواه بتاريخ .... مـن اغتصـاب المطعون ضده الأول لأطيان النزاع ، وكذلك صـورة رسـمية من الحكم الصادر في دعوى منع التعرض ..... مدنـى أبـو كبير الجزئية والتى أقامها بتاريخ ..... على المطعون ضده الأول، وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه برفض دعوى

الطاعن على أن المطعون ضدهما الأول والثاني تملكاً أطيان النزاع بالـتقادم الخمســي إذ خلت الأوراق من دليل على منازعة الطاعن لهمــا في وضع يدهما عليها ، وأنه لم يقدم دليلاً على سوء نيتهما ، ممــا يبيــن مــنه أنه لم يطلع على المستندات المقدمة من الطاعن ويبحثها ويخضعها لتقديره رغم ما قد يكون لها من دلالة مؤثرة في الدعــوى بشــأن ثــبوت حسن النية أو سوئها ، فإنه يكون معيبا بمخالفة الثابت في الأوراق والقصور في التسبيب " .

(طعن رقم ١٠٣٤ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٩٣/٦/١٥)

١١- " تملك العقار بالتقادم الخمس . شرطه . وضع اليد عليه مدة خمس سنوات متتالية بسبب صحيح وحسن نية . م٩٦٩ مدنى . المقصــود بحســن النــية . اعتقاد المتصرف إليه اعتقادا تاما أن المتصــرف مالك لما تصرف فيه . استخلاص حسن النية وسوئها من سلطة قاضى الموضوع ".

(طعنان رقما ٤٢٣٣ ، ٥٨٧٤ لسنة ٦٥ ق جلسة ١٩٩٧/١٢/١٣)

١٨٣- أمثلة لحسن النيـة وسوئها :

١- تنصل البائع من الضمان بشرط صريح في عقد البيع ، إذا اقـترن بعدم تناسب الثمن مع قيمة المبيع ، يكفى لاعتبار المشترى سيىء النية [١].

٢- علـم الحائــز وهو يشترى العقار أن ملكية البائع له محل نـزاع في دعوى ملكية أمام القضاء لايجعله حسن النية ، لأن العلم بوجـود مـثل هذا النزاع ينافى الاعتقاد الأكيد بأن البائع مالك لهذا العقار [٢].

٣- إذا كــان سند حق المتصرف مشوبا بعيب ينفى وجود هذا الحق أو يمكن أن يؤدى إلى زواله ، كما لو كان هذا السند باطلا أو قــابلا للإبطال أو الفسخ ، أو الرجوع ، فإن علم الحائز بهذا العيب يسـتبعد حسـن النـية لديه ، لأنه ينافى الاعتقاد بأن المتصرف قد توافـرت له الملكية بصفة أكيدة . فالمشترى الذى يعلم أن البائع له لـم يوف بثمن العقار لمن سبق أن اشتراه منه لايعتبر حسن النية . فـلا يكـون له أن يتمسك بالتقادم الخمسى ضد البائع الأصلى الذى يرفع دعوى الفسخ لعدم الوفاء بالثمن [٣].

---

(١) نقض فرنسى ١٩٢٧/٢/١٥ .

(٢) استئناف مختلط في ١٩١٦/٢/١٠ .

(٣) عبد المنعم الصده ص ٦٣١ – المستشار محمد عبد اللطيف ص ٤١٨.

٤- إذا كــان الحائــز قد أخطأ فيما يتعلق بالقيمة القانونية لسند المتصــرف ، كما لو كان هذا السند باطلا واعتقد الحائز أنه بحالته هــذه ينقل الملكية إلى المتصرف ، فإن هذا الاعتقاد ينهض بتوافر حســن النــية حيث يستوى لتوافر حسن النية لدى الحائز أن يكون اعتقاده بأن المتصرف مالك راجعا إلى غلط في الواقع أو غلط في القانون [١].

٥- مجــرد علم المشترى بعدم نقل الأطيان المبيعة بعقد مسجل إلــى اسم البائع لبائعه ، لايكفى للدلالة على سوء النية لأنه وحده لا يــدل علــى أن المشترى كان يعلم أنه اشترى من غير مالك ، إذ يجــوز أن يعــتقد أن البائع له مالك رغم علمه بتكليف المبيع على غيره .

(راجــع نقض طعن رقم ٣٣ لسنة ٦ ق جلسة ١٩٣٦/١١/٥ منشور ببند ١٨٢) .

٦- الغلــط في الواقع أو الغلط في القانون الذى يقع فيه الحائز يجعلــه حسن النية كما لو تعامل الحائز مع مالك سابق للعقار تكون ملكيته قد فسحت أو أبطلت وهو يجهل ذلك . وهذا غلط في الواقع. وكمــا لو تعامل مع مجرد حائز للعقار حسن النية أو سيىء النية ، وهــو يعــتقد أن هذا الحائز يملك العقار بسبب أو بآخر وهذا أيضا

---

(٣) عبد المنعم الصده ص ٦٣٤ .

غلـــط فـــي الواقع ويصح أن يتعامل الحائز مع شخص سند ملكيته للعقار هبة في صورة بيع وهو سند عرفى ، وقد ذكر فيه أن البائع قـــد وهـــب الثمن للمشترى فيعتقد الحائز أن الهبة على هذا الوجه صـــحيحة دون ورقـــة رســـمية ثم يتبين بعد أن يشترى العقار من الموهوب له أن الهبة باطلة لأنها هبة مكشوفة لا هبة مستترة فلا بد من كتابتها في ورقة رسمية ، وهذا غلط في القانون [١].

١٨٤ـ الوقت الذى يتوافر فيه حسن النية :

تنص الفقرة الثانية من المادة ٩٦٩ على أن : " ولايشترط توافر حسن النية إلا وقت تلقى الحق " .

فحسن النية يجب أن يتوافر عند الحائز في الوقت الذى كان فيه يـــتلقى الملكـــية أو الحق لو أنه كان يتعامل مع المالك أو صاحب الحق . ولما كانت الملكية العقارية والحقوق العينية الأخرى لاتنتقل إلا بالتسجيل ، كما أن المشرع أوجب في الفقرة الأخيرة من المادة المذكـــورة تسجيل السبب الصحيح ، فإن التسجيل هو الوقت الذى يـــتلقى فـــيه الحائز الحق من سلفه ، ويترتب على هذا أنه يجب أن يكـــون الحائـــز حســـن النية في الوقت الذى يتم فيه تسجيل السبب الصـــحيح الـــذى يتخذه أساسا لوضع اليد ، ولا عبرة بالوقت الذى بـــدأت فيه الحيازة ، ومؤدى هذا أنه يجب للتمسك بالتقادم الخمسى

---

(١) السنهورى ص ١٥١٢.

المكســب أن يكون الحائز معتقدا وقت تسجيل سنده أن المتصرف مالك للعقار ، أو مالك للحق .

وإذا كــان ســند الحائــز وصــية فتسجيل الوصية أثناء حياة الموصـــى لايــنقل الحق إلى الموصى له ، وإنما يقع ذلك بعد وفاة الموصـــى ، فيجب إذن أن يكون الموصى له حسن النية وقت وفاة الموصـــى بمعنى أن يكون معتقدا اعتقادا تاما أن الموصى مالك لما أوصى به ، أما إذا سجلت الوصية بعد وفاة الموصى فالعبرة بحسن النــية وقــت تســجيل الوصية لأنه هو الوقت الذى ينتقل فيه الحق للموصى له فيما لو كان الموصى مالكا لما أوصى به[1] .

أما إذا تعلق الأمر برهن حيازى عقارى فإن الوقت الذى يجب توافــر حســن النية فيه هو وقت انعقاد السبب الصحيح ، لأن هذا الحــق ينتقل فيما بين المتعاقدين بمجرد العقد ، فلا يطلب فيه القيد إلا لكــى يكــون حجــة على الغير (م١٢ من قانون تنظيم الشهر العقارى [2].

ويعد شرط حسن النية متوافرا ولو علم الحائز بعد تسجيل سنده وقبل تسلم العقار بأن المتصرف غير مالك [3].

---

(١) استئناف مختلط في ١٩١٦/٢/١٠ .

(٢) عبد المنعم الصده ص ٦٣٤ .

(٢) السنهورى ص ١٥١٧ .

وفى هذا جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" علـــى أنـــه فـــي الحقوق العينية غير الموقوفة ، إذا اقترنت الحـــيازة بحســـن النـــية واستندت إلى سبب صحيح فإن مدة التقادم المكســـب تكـــون خمس سنوات فقط ولايشترط حسن النية عند بدء الحيازة ، بل يكفى توافره عند تلقى الملكية بالسبب الصحيح ، فإذا اشـــترى شـــخص عقارا من غير مالكه فيكفى أن يكون حسن النية حتى لو كان سيئ النية وقت التسليم " (١).

وقـــد أخذت محكمة النقض بهذا النظر وقضت بأنه " يجب أن يثبـــت سوء نية الحائز وقت الشراء حتى يمتنع عليه التملك بالتقادم الخمسى " .

(نقض طعن رقم ٨٥ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٨/٢/١٥)

وعلى ذلك يكفى في خصوص التقادم الخمسى أن يكون الحائز حســـن النية وقت تسجيل سنده ، ولاينال من توافر حسن النية سوء النـــية الـــذى يطـــرأ بعد ذلك فلا يشترط توافر حسن النية عند بدء الحـــيازة ولا أثـــناء سريان التقادم . فإذا اشترى شخص عقارا من غير مالك ، وكان يعتقد وقت تسجيل البيع أنه تلقى العقار من مالكه الحقيقى ، ثم انكشفت له الحقيقة بعد ذلك حيث علم أن البائع لم يكن

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٦ ص ٤٩٨ .

مالكـــا للعقار ، فإنه يحق له مع ذلك أن يتمسك بالتقادم الخمسى في مواجهـــة المـــالك الحقـــيقى . وهذه قاعدة رومانية قديمة أخذ بها الشارع الفرنسى ثم أخذ بها الشارع المصرى[١] .

١٨٥ـ إثبات حسن النية :

تـــنص الفقرة الثالثة من المادة ٩٦٥ مدنى على أن " حسن النية يفترض دائما ، ما لم يقم الدليل على العكس ".

فالأصل أن يعتبر الحائز حسن النية ، فإذا تمسك الحائز بالتقادم الخمسى فلا يكون عليه أن يقم الدليل على حسن نيته ، حيث يقوم هذا الافتراض لصالحه .

وإذا ادعـــى الخصـــم وهو المالك أو صاحب الحق العينى ، أن الحائـــز كان سيء النية وقت تلقى الحق وقع عليه عبء إثبات هذا الادعـــاء . ويجـــوز لـــه الإثبات بكافة طرق الإثبات بما فيها البينة والقرائن .

---

(١) عـــبد المـــنعم الصده ص ٦٣٥- محمد كامل مرسى ص ١٩٣- محمد لبيـــب شـــنب ص ٢٣٠ - رمضان أبو السعود ص ٤٦٥ - منصور مصطفى منصور ص ٤٢٨ - محمد وحيد الدين سوار ص ٦٦٨ - نبيل إبراهـــيم سعد ص ٥٠٧ - وعكس ذلك حسام الدين الأهوانى ص ٢٩٥ فيرى وجوب أن يظل حسن النية قائما حتى بدء الحيازة .

ويستطيع الخصم أن ينقض هذا الافتراض بأن يقيم الدليل على سوء نية الحائز إذا أثبت أحد أمور ثلاثة : فهو يثبت أن الحائز كان يعلم وقت تلقى الحق أن من تصرف إليه غير مالك، أو يثبت جهل الحائز لعدم ملكية من تصرف إليه كان ناشئا عن خطأ جسيم ، أو يثبت أن الحائز اغتصب الحيازة بالإكراه .

وقد رأينا فيما تقدم القاعدة فيما يتعلق بإثبات تغير صفة الحيازة التى نصت عليها المادة ٩٦٧ مدنى وهى أن " تبقى الحيازة محتفظة بالصفة التى بدأت بها وقت كسبها ، ما لم يقم الدليل على عكس ذلك " . وتتفق هذه القاعدة أيضا مع الأصول العامة التى يتحدد في ضوئها عبء الإثبات .

فإذا كانت الحيازة قائمة قبل بدء سريان التقادم الخمسى وثبت أنها بسوء نية فإن الحائز حين يتمسك بهذا التقادم لايفترض توافر حسن النية لديه، بل يتعين عليه حينئذ أن يقيم الدليل على أنه قد طرأ ما يجعله حسن النية ، بأن يثبت مثلا أنه في أثناء الحيازة اشترى العقار من شخص يعتقد أنه المالك الحقيقى [١].

---

(١) عبد المنعم الصده ص ٦٣٦- رمضان أبو السعود ص ٤٦٦ ومابعدها .

ويقع كثيرا في العمل أن يلجأ المالك الحقيقى في إثبات سوء نية الحائز ، إلى سند المتصرف الذى تعامل الحائز على مقتضاه . فقد يتبين من هذا السند أن المتصرف غير مالك أو أن ملكيته ليست خالصة ، فيستخلص من ذلك سوء نية الحائز مادام يعلم ، أوكان ينبغى أن يعلم ، أنه يتعامل مع غيره [(١)].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إذا ادعى المشترى أنه تملك العقار بوضع اليد مع حسن النية والسبب الصحيح فلا يحتاج إثبات سوء نيته عند الشراء إلى دليل معين ، بل هذا جائز بجميع طرق الإثبات القانونية ومنها القرائن ، وقد تكون هذه وحدها كافية في الإثبات . فإذا كان من يدعى سوء نية المشترى قد ساق القرائن القائمة في الدعوى الدالة على صحة دعواه وكانت هذه القرائن دالة فعلا على سوء النية ، فإن يكون من القصور أن يكتفى الحكم في رده على تلك القرائن بمجرد القول بأن ظروف الحالة تدل على أن المشترى حين اشترى كان يعلم أنه يشترى من المالك الحقيقى ".

(طعن رقم ٦٢ لسنة ١٤ ق جلسة ١٩٤٥/١/٢٥)

---

(١) السنهورى ض ١٥٢١ .

١٨٦- تقديــر توافــر حســن النــية مــن عدمــه مســألة موضوعية:

حسن النية مسألة تتعلق بالواقع ولقاضى الموضوع استخلاصها مــن العقــد ومــن الظــروف التى أحاطته وقت إنشائه ومن كافة ملابســات الدعــوى ، إلا أنــه يجــب أن يكون ما استخلصه من نصوص العقد ومن الظروف الخاصة به مطابقا لتعريف سوء النية المسقط لدعوى اكتساب الملك بالتقادم الخمسى ولمحكمة النقض حق الرقابة على التطبيق [١].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إن قاضــى الموضوع مطلق السلطة في استخلاص سوء النية من نصوص العقد ومن الظروف الملابسة لتحريره ، ولكن ما يستخلصــه من ذلك يخضع لرقابة محكمة النقض من جهة مطابقته للتعريف القانونى لسوء النية ".

(طعن رقم ٣٣ لسنة ٦ ق جلسة ١٩٣٦/١١/٥)

٢- " لقاضــى الموضوع سلطة تامة في استخلاص حسن النية وســوئها مــن مظانهــا فــي الدعــوى ومما يستشفه من ظروفها وملابســاتها استخلاصــا قائمــا على أسباب مسوغة وكافية لحمل قضائه من عدم استفادة البائع من التقادم الخمسى " .

(طعن رقم ٤٣٣ لسنة ٢٢ ق جلسة ١٩٥٦/٥/٣١)

---

(١) المستشار محمد عبد اللطيف ص ٤٢٥.

٣- " لئـــن كان لقاضى الموضوع السلطة التامة في استخلاص نـــية واضع اليد - في التملك بالتقادم القصير - من نصوص العقد ومـــن الظـــروف الملابســـة لـــتحريره ، إلا أنـــه يتعين أن يكون استخلاصه قائما على أسباب سائغة وكافية لحمل قضائه " .

(طعن رقم ٤٠٣ لسنة ٤٠ ق جلسة ١٩٧٦/١١/٢٣)

٤- " المقـــرر فـــي قضاء هذه المحكمة أن حسن النية يفترض دائما ما لم يقم الدليل على العكس ، وأن لقاضى الموضوع السلطة الـــتامة فـــي استخلاص حسن النية وسوئها من مظانها في الدعوى وممـــا يستشفه من ظروفها وملابساتها متى كان استخلاصها سائغا ومستندا إلى وقائع ثابتة بالأوراق .

(طعون ١٠٢٦، ١١٣٠، ١١٧٩ س ٦٠ق جلسة ١٩٩٢/١/٢٦)

٥- المقـــرر- فـــي قضاء هذه المحكمة - أن حسن النية الذى يقتضـــيه التملك بالتقادم الخمسى هو اعتقاد المتصرف إليه اعتقادا ســـليما تامـــا حين التصرف أن المتصرف مالك لما يتصرف فيه ، بحيـــث إذا شـــاب هـــذا الاعتقاد ثمة شك انتفى حسن النية . وكان الطاعـــن قد تمسك أمام محكمة الاستئناف بسبق منازعته للمطعون ضدهما الأولين في وضع يدهما على أطيان النزاع قبل تلقى حقهما بالعقد المسجل .... بتاريخ ...... وقدم تدليلا على دفاعه صورة

المحضـــر .... إدارى مركـــز .... والمتضمن شكواه بتاريخ ..... من اغتصاب المطعون ضده الأول لأطيان النزاع ، وكذلك صورة رســمية من الحكم الصادر في دعوى منع التعرض .... مدنى أبو كبير الجزئية والتى أقامها بتاريخ ..... على المطعون ضده الأول، وكــان الحكــم المطعون فيه قد أقام قضاءه برفض دعوى الطاعن على أن المطعون ضدهما الأول والثاني تملكا أطيان النزاع بالتقادم الخمســـى إذ خلت الأوراق من دليل على منازعة الطاعن لهما في وضع يدهما عليها ، وأنه لم يقدم دليلاً على سوء نيتهما ، مما يبين مــنه أنـــه لـــم يطلع على المستندات المقدمة من الطاعن ويبحثها ويخضعها لتقديره رغم ما قد يكون لها من دلالة مؤثرة في الدعوى بشـــأن ثبوت حسن النية أو سوئها ، فإنه يكون معيباً بمخالفة الثابت في الأوراق والقصور في التسبيب " .

(طعن رقم ١٠٣٤ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٩٣/٦/١٥)

مـــادة (٩٧٠)

في جميع الأحوال لاتكتسب حقوق الإرث بالتقادم إلا إذا دامت الحيازة مدة ثلاث وثلاثين سنة .

ولايجــوز تملك الأموال الخاصة المملوكة للدولة أو للأشخاص الاعتــبارية العامـــة وكذلــك أمـــوال الوحدات الاقتصادية التابعة للمؤسســـات العامة أو الهيئات العامة وشركات القطاع العام غير التابعة لأيهما والأوقاف الخيرية أو كسب أى حق عينى على هذه الأموال بالتقادم .

ولايجــوز الــتعدى على الأموال المشار إليها بالفقرة السابقة وفـــي حالـــة حصـــول التعدى يكون للوزير المختص حق إزالته إداريا[١].

---

(١) المادة معدلة بالقوانين رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ ، ٣٩ لسنة ١٩٥٩ ، ٥٥ لسنة ١٩٧٠ – ولم يكن لهذه المادة مقابل في التقنين القديم ، ولكن كانت تسرى المادة ٣٧٥ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية .
وكانـــت المـــادة الأخيرة تنص على أن : " القضاة ممنوعون من سماع الدعوى التى مضى عليها خمس عشرة سنة مع تمكن المدعى من رفعها وعـــدم العـــذر الشرعى له في عدم إقامتها إلا في الإرث والوقف فإنه لايمـــنع مـــن سماعها إلا بعد ثلاث وثلاثين سنة مع التمكن وعدم العذر الشرعى وهذا كله مع الإنكار للحق في تلك المدة " .

الشـــرح

١٨٧ـ كسب حقوق الإرث بالتقادم بمضى ثلاث وثلاثين سنة :

تـنص الفقرة الأولى من المادة على أن :-" في جميع الأحوال لاتكسـب الأموال الموقوفة ولا حقوق الإرث بالتقادم إلا إذا دامت الحيازة مدة ثلاث وثلاثين سنة " .

فهـذه المـادة تقضى باكتساب حقوق الإرث بالتقادم إذا دامت الحيازة مدة ثلاث وثلاثين سنة .

وهـذا النص ينافى المبادئ القانونية العامة لأن (حقوق الإرث) أى (الـتركة) هى مجموع من المال . وقد رأينا سلفا أن المجموع من المال لايقبل الحيازة ، ومن ثم لايجوز تملكه بالتقادم .

إذن الصحيح هو القول إن حق الإرث أى المطالبة بحق الإرث تسـقط بمضـى ثـلاث وثلاثين سنة ، أى يكون التقادم هنا مسقط لامكسب ، وهذا ما كانت تنص عليه المادة ٣٧٥ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة بالمرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ والـتى حلت محلها المادة الثامنة من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى في مسائل الأحوال الشخصية والتى تنص في فقرتها الثانية على أن :

" ولا تقبل دعوى الوقف أو الإرث عند الإنكار متى رفعت بعد مضى ثلاث وثلاثين سنة من وقت ثبوت الحق إلا إذا قام عذر حال دون ذلك " [١].

و الرأى الذى ذهبنا إليه مع الفقه[٢] ، عبرت عنه مذكرة المشروع التمهيدى بقولها :

---

(١) منع القاضى من قبول الدعوى ليس مبنيا على بطلان الحق ، وإنما هو نهى للقاضى عن السماع ، قصد به قطع التزوير والحيل ، والمنع بهذه الصورة لا أثر له على أصل الحق ، ولايتصل بموضوعه ، وإنما يقتصر حكمه على مجرد قبول الدعوى أو عدم قبولها .
والنص الشرعى يقضى بأن الحق لايسقط بتقادم الزمان وإن طالت المدة، كما أن الأموال المملوكة لا تكسب ملكيتها بوضع اليد عليها مهما امتد في الزمان .
وعدم قبول الدعوى فيه نهى من المشرع عن سماع الدعوى وعزل القاضى عنه . وهذا النهى لايسقط حق صاحب الدعوى في حقه ، لأن الفقهاء قالوا إنه عند النهى عن القبول (السماع) يجب على ولى الأمر أن يسمع الدعوى بنفسه أو يأذن غيره بسماعها (المستشار أحمد نصر الجندى التعليق على نصوص قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى في مسائل الأحوال الشخصية ٢٠٠٣ ص ١٤٣) .
(راجع في شروط المنع من قبول الدعوى المرجع السابق ص ١٤٤ ومابعدها) .

(٢) السنهورى ص ١٣٨٤ وما بعدها – محمد كامل مرسى في الحقوق العينية الأصلية الجزء الرابع ص ٤٠١ – محمد على عرفه ص ٢٦٨ ومابعدها .

"..... أمـــا دعوى الإرث فهي تسقط بثلاث وثلاثين سنة والتقادم هــنا مسقط لامكسب (لذلك يجب حذف " حقوق الإرث " من المادة ١٤٢١ وجعل الكلام عنها في التقادم المكسب " إلا أن أحدا لم ينتبه لمــا نادت به مذكرة المشروع التمهيدى طوال المراحل التشريعية التى مر بها النص.

أمـــا بالنســبة لأعيان التركة ، فليس في القانون ما يحرم على الـــوارث أن يمتلك بالتقادم نصيب غيره من الورثة إذ هو في ذلك كأى شخص أجنبى عن التركة يتملك بالتقادم متى استوفى وضع يده الشرائط الواردة بالقانون (١).

وقد أخذت بهذا الرأى محكمة النقض إذ قضت بان :

١-" لــيس في القانون ما يحرم على الوارث أن يمتلك بالتقادم نصـــيب مـــن ورثـــوا معه ، فهو في ذلك كأى شخص أجنبي عن الـــتركة يتملك متى استوفى وضع يده الشرائط الواردة في القانون، وهى الظهور و الهدوء والاستمرار ونية التملك . والبحث في تحقق هـــذه الشرائط متروك لقاضى الدعوى لتعلقة بالموضوع ، ولا شأن لمحكمة النقض والإبرام معه إذا هو قد أقام قضاءه في ذلك على ما يكفى لتبريره " .

---

(١) السنهورى ص١٣٨٨ ومابعدها- محمد على عرفه ص ٢٦٨ ومابعدها - عبد المنعم الصده ص ٥٨٠ .

(طعن رقم ٣٢ لسنة ١٠ ق جلسة ١٩٤٠/١٠/٢٤)

٢- " متى كانت محكمة الموضوع قد أوضحت في أسباب حكمها أنه لم تكن لمدعى الحيازة ولا لمورثه حيازة مقترنة بنية التملك مستندة فيما استندت إليه إلى أن المورث كان يستأجر أرض النزاع فإن في هذا ما يعتبر ردا ضمنيا على ما يتمسك به مدعى الحيازة من تملكه تلك الأرض بالتقادم الطويل وبالتقادم القصير مع السبب الصحيح وحسن النية " .

(طعن رقم ١٢٨ لسنة ٢٤ ق جلسة ١٩٥٨/٦/٢٤)

٣-(أ)"إنه وإن كانت المادة ٩٧٠ من القانون المدنى تنص على أنه : " في جميع الأحوال لاتكتسب حقوق الإرث بالتقادم إلا إذا دامت الحيازة مدة ثلاث وثلاثين سنة " . فإن المقصود بذلك أن حق الإرث يسقط بالتقادم المسقط ، ولايجوز سماع الدعوى به بمضى مدة ثلاث وثلاثين سنة لأن التركة مجموع من المال لايقبل الحيازة فلا يكسب حق الإرث بالتقادم وهو ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية بقولها أما دعوى الإرث فهىتسقط بثلاث وثلاثين سنة ، والتقادم هنا مسقط لا مكسب لذلك يجب حذف حقوق الإرث من المادة ١٤٢١ (٩٧٠ مدنى) وجعل الكلام عنها في التقادم المسقط". أما بالنسبة لأعيان التركة فليس في القانون ، وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة ، ما يحرم على الوارث أن يتملك بالتقادم

نصـــيب غـــيره من الورثة إذ هو في ذلك كأن شخص أجنبى عن الـــتركة يـــتملك بالـــتقادم متى استوفى وضع يده الشرائط الواردة بالقـــانون لما كان ذلك ، وكان النزاع في الدعوى يقوم لا على حق الإرث ولكـــن علـــى مـــا يدعـــيه المطعون عليهما من أنهما تملكا الأرض المتـــنازع علـــيها وهـــى داخلة في تركه مورث الطرفين بوضع اليد المدة الطويلة المكسبة للملكية وقرر الحكم المطعون فيه أن مـــدة الـــتقادم المكسب هى خمس عشرة سنة ، فإن النعى عليه بالخطأ في تطبيق القانون يكون غير صحيح" .

(ب)- " مـــتى كـــان الطاعـــن قد تمسك في دفاعه أمام محكمة الموضـــوع بأن المطعون عليهما - وهما شقيقاه- لم يكتسبا ملكية نصـــيبه فـــي أرض الـــنزاع بالتقادم، لأنهما كانا يضعان اليد عليه لحســـابه هو لا لحسابهما الخاص ولما كان الحائز لحساب غيره لا يستطيع أن يكسب لحيازته العرضية حق ملكية العين بالتقادم إلا إذا تغيرت صفة حيازته وتحولت من حيازة عرضية إلى حيازة أصيلة، وكـــان يبيـــن مـــن الحكم المطعون فيه أنه قضى للمطعون عليهما بملكـــية نصيب الطاعن في أرض النزاع بالتقادم وبريعه في سنتى المطالـــبة استنادا إلى أنهما وضعا اليد عليه بنية التملك وإنهما كانا يقومـــان بتأجيره وزراعته ، دون أن يرد الحكم على دفاع الطاعن ســـالف الذكـــر ودون أن يبيـــن المظاهر الدالة على أن وضع يد

المطعــون علــيهما على القدر المذكور كان بنية التملك ، ومع أن مجــرد قيام المطعون عليهما بتأجير هذه العين أو بزراعتها لايفيد في ذاته أن وضع اليد عليها كان لحسابهما الخاص ، لما كان ذلك، فإن الحكم المطعون فيه يكون قد عاره قصور يبطله " .

(طعن رقم ٥٩٧ لسنة ٤٠ ق جلسة ١٩٧٥/٥/١٣)

٤- " النص في المادة ٩٧٠ من القانون المدني على أنه – في جمــيع الأحوال تكتسب حقوق الإرث بالتقادم إلا إذا دامت الحيازة مــدة ثــلاث وثلاثيــن ســنة يدل وعلى ما استقر عليه قضاء هذه المحكمــة علــى أن حــق الإرث يسقط بالتقادم المسقط أو لايجوز سماع الدعوى به بمضي مدة ثلاث وثلاثين سنة لأن التركة مجموع مــن المــال لايقبل الحيازة فلا يكسب حق الإرث بالتقادم وهو ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية قولها أما دعوى الإرث فهي تسقط بثلاث وثلاثين سنة والتقادم هنا مسقط لامكسب . أما بالنسبة لأعيان الــتركة فلــيس في القانون ما يحرم على الوارث أن يتملك بالتقادم نصــيب غــيره من الورثة إذ هو في ذلك كأي شخص أجنبي عن الــتركة فيــتملك بالــتقادم متى استوفى وضع يده الشرائط الواردة بالقانون " .

(طعن رقم ٣٣٤٧ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩٥/٦/٢١)

١٨٨ـ عدم كسب ملكية الأموال الموقوفة بالتقادم عند صدور القانون المدنى :

كانـت المادة ٩٧٠ مدنى عند صدور التقنين المدنى تنص على أن : " فـي جميع الأحوال لاتكتسب **الأموال الموقوفة** ولا حقوق الإرث بالتقادم إلا إذا دامت الحيازة مدة ثلاث وثلاثين سنة "(١).

---

(١) ولـم يكن لهذه المادة مقابل في التقنين المدنى القديم ، وإنما كانت تطبق أحكـام المادة ٣٧٥ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ، وقـد أوردناها سلفا .

وإزاء عدم وجود نص في التقنين المدنى القديم حول كسب ملكية الوقف بالتقادم ، كان طبيعيا أن يثور الخلاف والجدل حول سريان التقادم على الأعيان الموقوفة .

وقـد أصدرت الدوائر المجتمعة لمحكمة الاستئناف الأهلية في ٤ مايو سنة ١٩٢٩ حكما قررت فيه أن الحق هو ما استقر عليه القضاء الأهلى والمختلط من أن مدة التقادم في الوقف هى ١٣ سنة ، وأن المدة المقررة بالقـانون المدنـى لاكتساب الملكية بوضع اليد خمس سنوات عند وجود السـبب الصـحيح أو خمـس عشرة سنة عند عدم وجوده . لأ شأن لها بالأعيان الموقوفة .

وقد أخذت محكمة النقض بهذا القضاء إذ ذهبت إلى أن :

١-" مجـرد وضـع يد أولاد الواقف على العين بنية التملك عقب قسمة أجـروها بيـنهم ثم مجرد تصرفهم بالبيع لأولادهم المستحقين بعدهم في الوقف ، لا شئ فيهما يمكن قانونا اعتباره مغيرا لسبب وضع يدهم الذى لايخـرج عـن الوراثة أو عن الاستحقاق في الوقف. فإذ أدخلت محكمة الموضـوع مـدة وضـع يد أولاد الواقف في مدة الثلاث والثلاثين سنة بغيرأن يكون في الدعوى ما يصح اعتباره قانونا أنه قد غير وضع يدهم

الأصـــلى الـــذى كان هو الوراثة أو الاستحقاق في الوقف فإنها تكون قد أخطأت في تطبيق المادة ٧٩ من القانون المدنى ، ويكون حكمها متعين الرفض " .

(طعن رقم ٣٦ لسنة ٤ ق جلسة ١٩٣٥/٢/٢٨)

٢- "إن قاعدة الشريعة الإسلامية في الترك الموجب لعدم سماع الدعوى هى ترك الدعوى بالعين مع قيام مقتضى الدعوى من غصب الغير للعين وتعديه عليها وإنكار حق مالكها . وهذه القاعدة صاغتها المادة ٣٧٥ من لائحـــة المحـــاكم الشـــرعية المعمول بها الآن بالنص الآتى : " القضاة ممـــنوعون مـــن سماع الدعوى التى مضى عليها خمس عشرة سنة مع تمكن المدعى من رفعها وعدم العذر الشرعى له في عدم إقامتها إلا في الإرث والوقـــف فإنـــه لايمنع من سماعها إلا بعد ثلاث وثلاثين سنة مع التمكن وعدم العذر الشرعى . وهذا كله مع الإنكار للحق في تلك المدة ". أمـــا مجـــرد تـــرك العين أو إهمالها ، مهما يطل الزمن ، من غير أن يتعرض لها أحد أو يغتصبها وينكر حق مالكها فيها ، فإنه لايترتب عليه البـــتة - لا في الشريعة الإسلامية ولا في غيره من الشرائع - لاسقوط ملكيـــتها ولا مـــنع سماع الدعوى بها لو تعرض لها متعرض بعذر من الإهمال المديد ".

(ب)- " إن مـــدة وضـــع اليد المكسبة لملكية الوقف هى ثلاث وثلاثون سنة".

(طعن رقم ٣٥ لسنة ٤ ق جلسة ١٩٣٥/٤/١٨)

٣- " ملكـــية الوقف لاتسقط الدعوى بها بمجرد الإهمال فقط مدة ثلاث وثلاثيـــن ســـنة ، بل إنها تستمر حاصلة لجهة الوقف ما لم يكسبها أحد بوضـــع يـــده ثلاثا وثلاثين سنة وضعا مستوفيا جميع الشرائط المقررة قانونا لاكتساب ملكية العقاربوضع اليد " .

(طعن رقم ١ لسنة ٥ ق جلسة ١٩٣٥/١٠/٣١)

ومفاد هذا النص أنه يجوز تملك أعيان الوقف بالتقادم سواء كان الوقـف أهليا أم خيريا وذلك كسائر الأموال الخاصة . مع اختلاف في مدة التقادم فهى في الوقف ثلاث وثلاثين سنة .

والسـبب فـي إطالـة مدة التقادم بالنسبة لأعيان الوقف رغبة المشـرع فـي حماية أعيان الوقف من ناحية ومسايرة لنص المادة ٣٧٥ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة بالمرسوم بقانون رقـم ٧٨ لسـنة ١٩٣١ التى تقضى بأن : " القضاة ممنوعون من سـماع الدعـوى الـتى مضـى عليها خمس عشرة سنة مع تمكن المدعـى من رفعها وعدم العذر الشرعى له في عدم إقامتها إلا في

٤- " لمـا كانت ملكية الوقف – قبل العمل بالقانون المدنى الحالى في ١٩٤٩/١٠/١٥ – لاتسقط الدعوى بها بمجرد الإهمال لمدة ثلاث وثلاثين سنة ، بل إنها تستمر لجهة الوقف ما لم يكتسبها أحد بوضع يده مدة ثلاث وثلاثيـن سـنة مستوفياً جميع الشرائط المقررة قانوناً لاكتساب الملكية بوضـع الـيد وذلـك قبل أن يحظر المشرع إطلاقاً تملك أعيان الوقف الخـيرى بالتقادم بعد تعديل المادة ٩٧٠ من القانون المدنى بالقانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ المعمول به من ١٩٥٧/٧/١٣ " .

(طعن رقم ٢٥٢٢ لسنة ٦١ ق جلسة ١٩٩٦/٣/٣)

٥- " إن ملكـية الوقـف لاتسقط الدعوى بها بمجرد الإهمال مدة ثلاث وثلاثيـن سـنة ، بل إنها تستمر حاصلة لجهة الوقف ما لم يكسبها أحد بوضع يده مدة ثلاث وثلاثين سنة وضعا مستوفيا جميع الشرائط المقررة قانونا لاكتساب الملكية بوضع اليد " .

(طعن رقم ٧٦ لسنة ٥ ق جلسة ١٩٣٦/٤/٢٣)

الإرث والوقـف فإنه لايمنع من سماعها إلا بعد ثلاث وثلاثين سنة مـع التمكـن وعدم العذر الشرعي وهذا كله مع الإنكار للحق في تلـك"، وهذه المادة قد حل محلها المادة الثامنة من القانون رقم (١) لسـنة ٢٠٠٠ بإصـدار قـانون تنظـيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية التي نصت في فقرتها الثانية على أن : "ولاتقبل دعوى الوقف أو الإرث عند الإنكار متى رفعت بعد مضي ثلاث وثلاثين سنة من وقت ثبوت الحق إلا إذا قام عذر حال دون ذلك " .

وقـد ذكـرنا سلفا أن منع القاضي من قبول الدعوى ليس مبنيا علـى بطلان الحق ، وإنما هو نهي للقاضي عن السماع ، قصد به قطـع التزوير والحيل ، والمنع بهذه الصورة لا أثر له على أصل الحـق ، ولايتصل بموضوعه وإنما يقتصر حكمه على مجرد قبول الدعوى أو عدم قبولها .

وعـدم قـبول الدعوى فيه نهي من المشرع عن سماع الدعوى وعزل القاضي عنه . وهذا النهي لايسقط حق صاحب الدعوى في حقـه ، لأن الفقهـاء قالوا إنه عند النهي من القبول (السماع) يجب علـى ولـي الأمر أن يسمع الدعوى بنفسه أو يأذن غيره بسماعها (راجع ص ٤٥٩ هامش ١) .

غير أن الدعوى بها لاتسقط بمجرد الإهمال لمدة ثلاث وثلاثين سـنة ، بل إنها تستمر لجهة الوقف ما لم يكتسب أحد ملكية الوقف بوضـع يده مدة ثلاث وثلاثين سنة مستوفيا جميع الشروط المقررة قانونا لاكتساب الملكية .

١٨٩ـ كسب ملكية أعيان الوقف الأهلى بوضع اليد لمدة خمس عشرة سنة ابتداء من ١٤/٩/١٩٥٢ :

ظـل حكـم المـادة ٩٧٠ مدنى ساريا ، فلا يجوز تملك أعيان الوقـف الأهلى والخيرى إلا إذا دامت الحيازة ثلاث وثلاثين سنة ، إلى أن ألغى الوقف الأهلى بالمرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ (بإلغاءنظام الوقف على غير الخيرات)[١] ابتداء من ١٤/٩/١٩٥٢.

---

(١) فقـد نصت المادة الثانية من القانون على أن : " يعتبر منتهيا كل وقف لايكـون مصـرفه فـي الحال خالصا لجهة من جهات البر . فإذا كان الواقـف قـد شـرط في وقفه لجهة بر خيرات أو مرتبات دائمة معينة المقدار أو قابلة للتعيين مع صرف باقى الريع إلى غير جهات البر اعتبر الوقـف منتهـيا فيما عدا حصة شائعة تضمن غلتها الوفاء بنفقات تلك الخيرات أو المرتبات .... إلخ " ، كما نصت مادته الثالثة على أن " يصـبح مـا ينتهى فيه الوقف المبين في المادة السابقة ملكا للواقف إن كان حيا وكان له حق الرجوع فيه . فإن لم يكن آلت الملكية للمستحقين الحالييـن كـل بقـدر حصته في الاستحقاق . وإن كان الوقف مرتب الطـبقات آلـت الملكـية للمستحقين الحاليين ولذرية من مات من ذوى الاستحقاق من طبقتهم كل بقدر حصته أو حصة أصله في الاستحقاق .

وبذلـــك أصـــبحت أعيان الوقف الأهلى أموالا خاصة ، ويجوز بالـــتالى تملكهـــا أوكسب حق عينى عليها ابتداء من ١٩٥٢/٩/١٤ بالـــتقادم بمضى خمس عشرة سنة ميلادية كاملة ، ما لم توجد بها حصة شائعة للخيرات .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" لما كانت ملكية الأموال الموقوفة لاتكتسب بالتقادم طبقا للمادة ٩٧٠ مـــن القـــانون المدنـــى قبل تعديلها بالقانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ المعمـــول بـــه من ١٩٥٧/٧/١٣ إلا إذا دامت الحيازة مدة ثـــلاث وثلاثين سنة وإذ جاء القانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ بإلغاء نظـــام الوقف على غير الخيرات وقضى في مادتيه الثانية والثالثة بإنهـــاء كـــل وقـــف لا يكون مصرفه خالصا لجهة من جهات البر وأيلولـــة ملكية الوقف المنتهى إلى الواقف إن كان حيا فإن لم يكن حـــيا آلـــت الملكـــية للمستحقين . ثم صدر القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ بـــتعديل المادة ٩٧٠ من القانون المدنى فجرى نصها على أنـــه لايجـــوز تملك أموال الأوقاف الخيرية أوكسب أى حق عينى علـــيها بالـــتقادم . فـــإن مفاد ذلك أنه في الفترة السابقة على تعديل المـــادة ٩٧٠ مـــن القانون المدنى بالقانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ كانت مدة التقادم اللازمة لاكتساب أموال الأوقاف أو ترتيب حقوق

ويتـــبع في تعيين تلك الحصة الأحكام المنصوص عليها في المواد ٣٦ ، ٣٧ ، ٣٨ ، ٩٩ من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ سالف الذكر "

عينية عليها سواء في ذلك الأوقاف الخيرية أو الأوقاف الأهلية قبل إلغائهـا بالقـانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ هى ثلاث وثلاثون سنة وذلك إلى أن حظر المشرع إطلاق تملك أعيان الأوقاف الخيرية أو ترتيب حقوق عينية عليها بالتقادم بعد تعديل المادة ٩٧٠ من القانون المدنـى بالقـانون رقـم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ ، أما الأوقاف الأهلية المنتهـية طبقا للقانون رقم ١٩٨ لسنة ١٩٥٢ فقد أصبحت بموجب أحكامـه من الأموال الخاصة ترد عليها الحيازة المؤدية إلى كسب الملكية بالتقادم إذا استمرت مدة خمس عشرة سنة واستوفت أركانها القانونـية ، شـريطة عدم وجود حصة للخيرات شائعة فيها إعمالا لحكـم المـادة ٩٧٠ من القانون المدنى المعدلة بالقانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ في هذا الصدد ".

(طعن رقم ٢٣٥ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٩٠/٣/٨)

١٩٠ـ عـدم جـواز تملـك أعـيان الوقـف الخـيرى بالتقادم ابتداء من ١٩٥٧/٧/١٣ :

بـتاريخ ١٩٥٧/٧/١٠ صـدر القـرار بقانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ [1] ونص في مادته الأولى على أن يستبدل بالمادة ٩٧٠ من القانون المدنى النص الآتى :

---

(١) بـتعديل المـادة ٩٧٠ من القانون المدنى بإضافة حكم جديد بعدم جواز تملك الأموال الخاصة للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة كذلك أموال الأوقـاف الخيرية أو كسب حق عينى عليها بالتقادم . وقد عمل به من

" في جميع الأحوال لاتكسب حقوق الإرث بالتقادم إلا إذا دامت الحيازة مدة ثلاث وثلاثين سنة .

ولايجــوز تملك الأموال الخاصة المملوكة للدولة أو الأشخاص الاعتــبارية العامة وكذلك أموال الأوقاف الخيرية أو كسب أى حق عينى عليها بالتقادم " .

وقــد ترتــب على ذلك أنه أصبح لايجوز من تاريخ العمل بهذا القرار بقانون بتاريخ ١٩٥٧/٧/١٣ تملك أموال الأوقاف الخيرية أو كسب أى حق عينى عليها بالتقادم .

وقــد هدف الشارع من ذلك حماية هذه الأموال حتى تصبح في مأمــن مــن تملكها بالتقادم عن طريق وضع اليد عليها خاصة أنه مهمــا أحكم الرقابة والإشراف على هذه الأموال فإن ذلك لن يمنع الغير من تملكها عن طريق وضع اليد عليها [١].

غير أنه ليس لهذا القرار بقانون أثر رجعى ومن ثم فلا تأثير له على الأموال التى اكتملت مدة تملكها بالتقادم قبل العمل به .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " نصــت المادة ٩٧٠ من القانون المدنى المعدلة بالقانونين ١٤٧ لســنة ١٩٥٧ و ٣٩ لســنة ١٩٥٩ علــى عدم جواز تملك

تــاريخ نشــره (م٢) ، وقــد نشر بالوقائع المصرية في ١٣ يوليةسنة ١٩٥٧ العدد ٥٣ مكررا (ج) .

(١) المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧.

الأمـــوال الخاصـــة المملوكة للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة وأمـــوال الأوقـــاف الخيرية أو كسب أى حق عينى عليها بالتقادم ، كمـــا حظـــرت التعدى على هذه الأموال وخولت الجهات الإدارية صـــاحبة الشـــأن حـــق إزالة هذا التعدى إداريا يحسب ما تقتضيه المصـــلحة العامـــة فإذا كان المطعون ضده المدعى في دعوى منع الـــتعرض – لم يدع أنه اكتسب ملكية الأرض محل النزاع بالتقادم قـــبل صدور القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ بل إنه أقر في صحيفة دعواه بأن هذه الأرض مملوكة لمصلحة الأملاك . فإنه يكون لجهة الإدارة أن تصـــدر بالاســـتناد إلى تلك المادة قرارا إداريا بإزالة ما وقـــع علـــى هذه الأرض المملوكة لها من تعد وأن تنفذ هذا القرار بالطريق الإدارى " .

(طعن رقم ٣١٤ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٨/٣/٧)

٢- " كانت المادة ٩٧٠ من القانون المدنى قبل تعديلها بالقانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ تنص على أن الأموال الموقوفة لاتكسب إلا إذا دامـــت الحيازة ثلاثة وثلاثين سنة ، ثم نص هذا القانون الأخير والـــذى عمـــل به اعتبارا من ١٩٥٧/٧/١٣ على أنه لايجوز تملك الأوقـــاف الخـــيرية أو أى حـــق عينى عليها بالتقادم ، فإن حيازة الطاعـــنة وحـــيازة مـــن سبقها من المشترين منذ سنة ١٩٥٤ حتى تاريخ صدور حكم لجنة القسمة في ١٩٦٦/١٠/٢٢بفرز الخيرات لاتؤدى إلى كسب ملكية الأطيان محل النزاع بالتقادم لورودها على

مال لايجوز تملكه بهذا الطريق عملا بنص المادة ٩٧٠ من القانون المدنـــى معدلة بالقانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ لوجود حصة لوقف خيرى شائعة فيها ".

(طعن رقم ٧٠٦ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٩/٥/٢٩)

٣- " وحيــث إن النعى بهذين الوجهين غير منتج ، ذلك أن البيــن مــن الأوراق أن المطعــون عليها استندت في طلب طرد الطاعنيــن مــن الأطيان محل النزاع إلى أنها اختصت بها ضمن مســاحات أخرى بموجب حكم لجنة القسمة الأولى بوزارة الأوقاف الصادر في ١٩٦٦/١٠/٢٢ في المادة ٩٣٢ الخاصة بوقف ... وإذا أخذ الحكم المطعون فيه بحكم لجنة القسمة المذكور واعتمد عليه في اعتــبار الأطــيان محل النزاع من نصيب المطعون عليها بموجب القســمة فقــد أضبــحى واقعا مطروحا في الدعوى حصيلة الحكم المطعون فيه وأقام قضاءه عليه ، ولما كان الثابت من حكم القسمة المشـــار إليه أن للخيرات حصة في وقف ..... اختصت من أجلها بمســاحة ٨ف و٧ ط و١٤ س مــن الأطيان محل القسمة وكانت المادة ٩٧٠ من القانون المدنى قبل تعديلها بالقانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ تــنص علـــى أن الأموال الموقوفة لاتكسب بالتقادم إلا إذا دامت الحيازة ثلاث وثلاثين سنة ثم نص هذا القانون الأخير والذى عمــل به اعتبارا من ١٩٥٧/٧/١٣ على أنه لايجوز تملك الأوقاف

الخـــيرية أو كسب أى حق عينى عليها بالتقادم فإن حيازة الطاعنين وحـــيازة من سبقهم من المشترين حتى صدور قرار لجنة القسمة فـــي ٢٢/١٠/١٩٦٦ بفرز حصة الخيرات في الوقف لا تؤدى إلى كسب ملكية الأطيان محل النزاع بالتقادم لورودها على مال لايجوز تملكـــه بهـــذا الســـبب عملا بنص المادة ٩٧٠ من القانون المدنى المعدلة بالقانون ١٤٧ سنة ١٩٥٧ لوجود حصة لوقف خيرى شائعة فـــيها ولايقـــدح في ذلك أن المادة ٨٤٣ من القانون المدنى تقضى باعتـــبار المتقاســـم مالكـــا للحصة التى آلت إليه منذ أن تملك في الشـــيوع ، ذلك أن علة تقرير هذا الأثر الرجعى للقسمة هو حماية المتقاســـم مـــن الحقـــوق التى يرتبها غيره من الشركاء على المال الشـــائع أثناء قيام الشيوع بحيث يخلص لكل متقاسم نصيبه المفرز الـــذى خصص له في القسمة مطهرا من هذه الحقوق ويجب قصر إعمـــال الأثـــر الرجعى للقسمة في هذا النطاق واستبعاده في جميع الحـــالات الـــتى لايكـــون الأمـــر فيها متعلقا بحماية المتقاسم من تصـــرفات شركائه الصادرة قبل القسمة ، لما كان ذلك . وكان سند الطاعنين في تملك الأطيان محل النزاع هو وضع اليد المدة الطويلة المكسبة للملكية وهو يعد بذاته سببا لكسب الملكية مستقلا عن غيره مـــن أســـباب اكتسابها فلا وجه من بعد لإعمال حكم الأثر الرجعى للقســـمة على واقعة الدعوى ، ولما كانت مدة حيازة الطاعنين التى

تلــت صــدور حكــم القسمة في ١٩٦٦/١٠/٢١ لاتكفى لتملكهم الأطيان محل النزاع بالتقادم الطويل المدة ، فإن الحكم المطعون فيه إذ رفــض ادعــاءهم عللهــا بهذا السبب يكون قد صادف صحيح القانون ، لما كان ذلك ، وكان لمحكمة النقض أن تستكمل ما قصر الحكــم في بيانه من أحكام القانون وأن تصحح ما وقع في تقريراته القانونــية مــن خطــأ فإن النعى عليه بالوجهين الثانى والثالث من السبب الثانى يكون غير منتج ".

(طعن رقم ٨٥٧ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٨٠/٦/١٠)

٥- " وحيث إن هذا النعى غير مقبول لوروده على ما استطرد إلــيه الحكــم المطعون فيه تزيدا ويقوم الحكم بدونه ، ذلك أنه لما كان الحكم المطعون فيه قد اعتمد في قضائه برفض دفاع الطاعنين بادعائهم كسب ملكية الأطيان موضوع النزاع بالتقادم الطويل المدة على أن الوقف الخيرى كان شريكا على الشيوع في الملكية ، الأمر الــذى يمتــنع معــه كنص المادة ٩٧٠ من القانون المدنى المعدلة بالقــانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ كسب الملكية بالتقادم قبل إجراء القســمة ممــا استوجب استبعاده مدة وضع يد الطاعن على أطيان الــنزاع في الفترة السابقة على ١٩٦٦/١٠/٢٢ تاريخ صدور قرار لجنة القسمة - من المدة اللازمة لكسب الملكية بالتقادم الطويل وأن المــدة التالــية وحــتى رفع الدعوى لاتكفى في كسب الملكية بهذا

السـبب ، وكـان في هذا ما يكفى – وعلى نحو ما جاء بالرد على السـبب الثانى – لحمل الحكم المطعون فيه فإن النعى عليه بالخطأ فـيما اسـتطرد إليه تزيدا – وأيا كان وجه الرأى فيه – يكون غير منتج " .

(طعن رقم ٨٥٧ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٠/٦/١٩٨٠)

٦- " مـن المقـرر – في قضاء هذه المحكمة – أن وضع اليد علـى أرض الوقف بسبب التحكير وضع يد مؤقت مانع من كسب الملكـية بالتقادم مهما كانت مدته ولايستطيع المحتكر – هو وورثته مـن بعده – أن يغير بنفسه لنفسه سبب حيازته ، ولا الأصل الذى تقـوم عليه هذه الحيازة ، ولايجوز له أن يكسب الملكية بالتقادم إلا إذا تغـيرت صـفة حـيازته إمـا بفعل الغير وإما بفعل منه يعتبر معارضـة لحـق المالك ، وفى هذه الحالة الأخيرة يجب أن يقترن تغيير نيته بفعل إيجابى ظاهر يجابه به حق المالك بالإنكار الساطع والمعارضة الفعلية ويدل دلالة جازمة على أنه مزمع إنكار الملكية على صاحبها والاستئثار بها دونه " .

(طعن رقم ١٤١٥ لسنة ٥٠ ق جلسة ٢٤/٣/١٩٨١)

٧- " وحيث إن هذا النعى غير سديد ذلك أن مؤدى نص المادة ٩٧٠ مـن القـانون المدنى – قبل تعديلها بالقانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ والقـانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٧٠ أن ملكية الأموال الموقوفة

لاتكتسب بالـتقادم إلا إذا دامت الحيازة ثلاثاً وثلاثون سنة ، ثم صـدر القـانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ – والذى جرى العمل به اعتـباراً من ١٩٥٧/٧/١٣ بتعديل المادة ٩٧٠ من القانون المدنى فـنص على أنه لا يجوز تملك أعيان الأوقاف الخيرية أو كسب أى حق عينى عليها بالتقادم ومفاد ذلك أنه في الفترة السابقة على تعديل المـادة ٩٧٠ مـن القانون المدنى بالقانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ المشار إليه كانت مدة التقادم اللازمة لاكتساب ملكية أموال الأوقاف أو ترتيـب حقوق عينية عليها هى ثلاث وثلاثون سنة وذلك إلى أن حظر المشرع إطلاقاً تملك أعيان الأوقاف الخيرية أو ترتيب حقوق عينـية علـيها بالـتقادم بعد تعديل المادة ٩٧٠ من القانون المدنى بالقـانون ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ ، وإذ لم يكن لهذا القانون أثر رجعى فإنـه مـتى كسب الأفراد ملكية تلك الأعيان بالتقادم قبل نفاذه فإنها تبقى مملوكة لهم ، ولما كان المقرر – في قضاء هذه المحكمة– أن ملكـية الوقف لا تسقط الدعوى بها بمجرد الاهمال فقط مدة ثلاث وثلاثون سنة بل إنها تبقى لجهة الوقف ما لم يكسبها أحد بوضع يده هذه المدة وضع يد مستوف جميع الشرائط المقررة قانونا لاكتساب ملكية العقار بوضع اليد ، وأن السبب الصحيح اللازم توافره للتملك بالتقادم المكسب الخمسى وفقاً لنص المادة ٩٦٩ من القانون المدنى هـو سند يصدر من شخص لا يكون مالكا للشيء أو صاحباً للحق

الـــذى يراد كسبه بالتقادم ويجب أن يكون مسجلاً طبقاً للقانون ومن ثـــم فلا تؤدى الحيازة المستندة إلى عقد بيع غير مسجل إلى كسب ملكية العقار الذى وقعت عليه بالتقادم الخمسى . لما كان ما تقدم ، وكان المقرر أن لمحكمة الموضوع السلطة التامة في موازنة الأدلة وترجـــيح مـــا تطمئـــن إليه منها واطراح ما عداها والأخذ بتقرير الخبـــير الذى ندبته متى اقتنعت بكفاية أبحاثه وسلامه الأسس التى أقـــيم عليها ، وهى غير ملزمة بتتبع حجج الخصوم وشتى مناحى دفـــاعهم والرد استقلالا على كل ما يثيرونه تدليلاً على دعواهم إذ في قيام الحقيقة التى اقتنعت بها وأوردت دليلها الرد الضمنى الكافى لإســـقاط كل ما يخالفها . لما كان ذلك وكان الحكم الابتدائى مؤيدا بـــالحكم المطعـــون فيه خلص مما اطمأن إليه من أوراق الدعوى ومســـتنداتها وتقريـــر الخبير المندوب فيها إلى أن عقار النزاع من أعـــيان وقـــف خيرى وأن الطاعن ومن قبله سلفه لم يحزها حيازة مســـتوفيه شـــرائطها القانونية لكسب ملكيتها وفقا للمادة ٩٧٠ من القـــانون المدنى قبل تعديلها بالقانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ ، كما وأنـــه لايجوز تملكها بالتقادم بعد صدور ذلك القانون أيضا فإنه لم يـــتوافر للطاعـــن السبب الصحيح الذى يصلح سنداً للتملك بالتقادم الخمسى طبقاً للمادة ٩٦٩ من ذات القانون ، وذلك للأسباب السائغة

التي ساقها ، ورتب على ذلك قضاءه برفض دعواه ، فإنه لايكون قد أخطأ في القانون ويكون النعي على غير أساس " .

(طعن رقم ٢٦٣٥ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩٤/١١/٢٠)

١٩١- حظر تملك الوقف بالتقادم على الواقف والمستحقين والمحتكر :

لايستطيع الواقف وذريته ، وناظر الوقف والمستحقون فيه والمستأجرون والمستحكرون له وورثتهم مهما تسلسل مورثيهم وطال وضع يدهم بهذه الصفات ، أن يتملكوا الأعيان الموقوفة بالتقادم لأنهم جميعا حائزون عرضيون لا جدوى لحيازتهم مهما طال عليها الزمن .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " إن القاعدة التي تقررها المادة ٧٩ من القانون المدنى صريحة في أن لا سبيل لمن وضع يده بسبب وقتى معلوم غير أسباب التمليك المعروفة إلى أن يكسب لا هو ولا ورثته الملك بوضع اليد مهما تسلسل التوريث وطال الزمن " .

(طعن رقم ٣٦ لسنة ٤ ق جلسة ١٩٣٥/٢/٢٨)

٢- " وإذن فالواقف الذى هو مستحق للوقف أو ناظر عليه لايمكن أن يكون وضع يده إلا بصفة وقتية من قبل أنه منتفع أو مدير لشئون العين بالنيابة عن جهة الوقف . فحكم المادة ٧٩ من القانون المدنى يسرى بداهة عليه وعلى ورثته من بعده مهما

تسلسل توريثهم وطال وضع يدهم . ولايستطيع أيهم أن يمتلك العين بـــالمدة الطويلة إلا بعد أن يغير صفة وضع يده على النحو السالف الذكر " .

(طعن رقم ٣٦ لسنة ٤ ق جلسة ١٩٣٥/٢/٢٨)

٣- " مجرد وضع يد أولاد الواقف على العين بنية الملك عقب قســـمة أجروها بينهم ثم مجرد تصرفهم بالبيع لأولادهم المستحقين بعدهم في الوقف ، لا شيء فيهما يمكن قانوناً اعتباره مغيراً لسبب وضع يدهم الذى لايخرج عن الوراثة أو عن الاستحقاق في الوقف. فـــإذا أدخلت محكمة الموضوع مدة وضع يد أولاد الواقف في مدة الـــثلاث والثلاثين سنة بغير أن يكون في الدعوى ما يصح اعتباره قانونـــاً أنـــه قـــد غـــير الوضـــع الأصلى الذى كان هو الوراثة أو الاســـتحقاق في الوقف فإنها تكون قد أخطأت في تطبيق المادة ٧٩ من القانون المدنى ، ويكون حكمها متعين النقض " .

(طعن رقم ٣٦ لسنة ٤ ق جلسة ١٩٣٥/٢/٢٨)

٤- " إن المادة ٧٩ من القانون المدنى صريحة في أنه لاسبيل لمن وضع يده بسبب وقتى معلوم غير أسباب التمليك المعروفة إلى أن يكسب لا هو ولا ورثته الملك بوضع اليد مهما تسلسل التوريث وطـــال الزمـــن . وحكـــم هذه المادة يسرى على الواقف المستحق وعلـــى الـــناظر علـــى الوقف وعلى ورثته من بعده مهما تسلسل

موريــثهم وطـــال وضع يدهم ، فلا يستطيع أيهم أن يتملك العين بالمدة الطويلة إلا بعد أن يغير صفة وضع يده بما يغير به قانونا".

(طعن رقم ٦١ لسنة ٥ ق جلسة ١٩٣٦/٤/٢٣)

٥- " إن القــاعدة الــتى تقررها المادة ٧٩ من القانون المدنى صــريحة فــي أنـــه لاسبيل لمن وضع يده بسبب وقتى معلوم غير أســباب التملــيك المعــروفة إلى أن يكسب لا هو ولا ورثته الملك بوضـــع اليد مهما تسلسل التوريث وطال الزمن . وجكم المادة ٧٩ مــن القـــانون المدنى يسرى على الواقف المستحق للوقف وعلى الـــناظر علـــيه وعلى ورثته من بعده مهما تسلسل توريثهم وطال وضع يدهم ولايستطيع أيهم أن يملك العين بالمدة الطويلة إلا بعد أن يغير صفة وضع يده " .

(طعن رقم ٧٦ لسنة ٥ ق جلسة ١٩٣٦/٤/٢٣)

٦- " وحيث إن النعى بهذا الوجه مردود بأنه وإن كانت القواعد الشـــرعية تقضـــى بوجوب المحافظة على أبدية الأموال الموقوفة لتبقى على حالها من الدوام محبوسة أبدا عن أن يتصرف فيها بأى نوع من التصرفات وبأن الواقف وذريته وناظر الوقف والمستحقين فـــيه والمســـتأجرين والمحتكرين له وورثتهم مهما تسلسل توريثهم لايقـــبل مـــن أيهـــم أن يجحد الوقف أو يدعى ملكيته لأنهم جميعا مديـــنون له بالوفـــاء لأبديته إلا أن مناط حظر تملك هؤلاء جميعا للأعـــيان الموقوفـــة - على ما تقضى بـــه قواعـــد القانون المدنى

هـو أن يظل وضع يدهم بصفاتهم تلك لأن وضع يدهم يكون عندئذ وضـع يـد مؤقت مانع من كسب الملكية بالتقادم مهما طال أما إذا حصـل تغيير صفة وضع يد أيهم تغييرا يزيل عنه صفة الوقتية- ويكـون ذلـك إما بفعل الغير وإما بفعل من الحائز يعتبر معارضة لحـق المـالك كـأن يـتعرض الغير للحائز فيدعى هذا الملكية أو يعارض الحائز حق المالك بعمل ظاهر - فإن الحائز ولو كان واقفا وناظـرا علـى الوقف يستطيع بعد تغيير صفة وضع يده على هذا الـنحو كسـب المال الموقوف بالتقادم إذا ما توافرت لديه شروط وضـع الـيد المكسب للملك بالمدة الطويلة ودامت حيازته له مدة ثـلاث وثلاثين سنة ، وهى المدة المقررة- لكسب الأموال الموقوفة بالتقادم ذلك أن الأساس التشريعى للتملك بالتقادم الطويل- على ما جـرى به قضاء هذه المحكمة - هو قيام قرينة قانونية قاطعة على توافر سبب مشروع للتملك لدى واضع اليد فمتى استوفى وضع اليد الشروط القانونية التى تجعله سببا مشروعا للتملك جاز لصاحبه أيا كـان التملك ولايحول دون ذلك التزامه بضمان التعرض أو بالوفاء للوقف لأن التقادم سبب قانونى للتملك لاعتبارات ترجع إلى وجوب اسـتقرار التعامل ويستطيع غير المالك ولو كان ملتزما بأحد هذين الأمريـن أن يتملك بهذا السبب لأنه ليس في القانون ما يحرمه من هذا التملك " .

(طعن رقم ١٢٥ لسنة ٢٦ ق جلسة ١٩٦١/١٢/٢٨)

٧- " وحيث إن هذا النعى في شقه الأول صحيح ذلك أن الحكم المطعون فيه بعد أن أورد في أسبابه القواعد القانونية التى سبق لهذه المحكمة أن قررتها في شأن تملك الأعيان الموقوفة بالتقادم قال " وحيث إنه بتطبيق القواعد المتقدمة على واقعة الدعوى الحالية يبين أن نية الواقف في سنة ١٩٠٦ قد وضحت وضوحا ظاهرا صريحا في مجابهة جهة الوقف في شخصه كناظر عليه باعتزامه إنكار ملكية الوقف للعين الموقوفة والاستئثار بها دونه ودليل ذلك قيامه برهن هذا القدر باعتباره ملكا خاصا للبنك العقارى المصرى بموجب عقد الرهن التأمينى المحرر في ١٩٠٦/٧/٤ والمقيدة قائمته في ١٩٠٦/٧/٧ والتى تجدد قيدها في ١٩١٦/٥/٢٠ ولا أدل على ذلك أيضا من وضع يد الناظر الذى أقيم بعد وفاة الواقف على قطعة أرض أخرى على اعتبار أنها الموقوفة ثم وضع ورثة أحمد الألفى غنيم يدهم على أرض النزاع من تاريخ وفاة المورث باعتبار أنها آلت إليهم ميراثا عن والدهم تلقوها عنه كملك لا وقف واختص بها السيد الألفى غنيم ضمن ما اختص به من أعيان التركة بموجب عقد القسمة المؤرخ ١٩١٢/٣/٢ ومسجل في ١٩١٢/٣/١٥ ثم قام برهنها إلى البنك العقارى باعتبارها ملكا له في ١٩٢٣/٤/٧ ثم نزع البنك ملكيتها ورسى مزادها على مورث المستأنفين في ١٩٣٧/٥/١٩ .

وحيـث إنـه باحتسـاب مـدد وضع اليد بنية الملك المستوفى شـرائطه القانونية وضمها بعضها إلى بعض من يوليه سنة ١٩٠٦ حتى تاريخ المنازعة في وضع اليد في سنة ١٩٤٣ يتبين أنه مضت أكـثر مـن ثلاث وثلاثين سنة وهى المدة المقررة لاكتساب ملكية الوقـف "- ومـا قرره الحكم في التدليل على تغيير صفة وضع يد الواقـف وورثـته من بعده تغييرا يؤدى إلى كسبهم العين الموقوفة بالـتقادم غـير صحيح في القانون ذلك أن الوقف الذى هو مستحق للوقف وناظر عليه لايمكن أن يكون وضع يده على العين الموقوفة إلا بصفة وقتية باعتبار أنه منتفع أو مدير لشئون العين بالنيابة عن جهـة الوقف فحكم المادة ٧٩ من القانون المدنى القديم (٩٧٢ من القـنون الحـالى) يسرى عليه وعلى ورثته من بعده مهما تسلسل توريـثهم وطال وضع يدهم ولايستطيع أيهم أن يتملك العين بالمدة الطويلـة إلا بعـد أن يغير صفة وضع يده تغييرا يزيل عنه صفة الوقتية وهذا التغيير لايكفى فيه مجرد تغيير الحائز نيته بل يجب أن يقـترن تغيـير النية بفعل إيجابى ظاهر يجابه حق المالك بالإنكار السـاطع والمعارضـة العلنـية ويدل دلالة جازمة على أن ذا اليد الوقتـية مـزمع إنكار الملكية على صاحبها والاستئثار بها دونه- والرهـن التأميـنى الذى لايتجرد فيه الراهن عن الحيازة ولايقترن بـأى مظهر خارجى تتبين منه نية الغصب لايمكن أن يتم به تغيير

صــفة الحيازة على النحو الذى يتطلبه القانون كما أن مجرد وضع يــد أولاد الواقــف بعد وفاته على العين الموقوفة بنية الملك عقب قسمة أجروها فيما بينهم ثم مجرد قيام أحدهم برهن العين الموقوفة رهــنا تأمينــيا للبنك العقارى ووضع يد الناظر الذى أقيم بعد وفاة الواقــف على قطعة أرض أخرى على اعتبار أنها الموقوفة – أى هــذه الأمور لا شئ فيها يمكن قانونا اعتباره مغيرا لسبب وضع يد أولاد الواقــف إذ أنــه لمــا كان الثابت أن الواقف إذ وقف العين الموقوفــة محل النزاع قد كان هو المستحق لريعها والناظر عليها طوال حياته فهو إلى أن توفى كان وضع يده وقتيا بسبب الاستحقاق والــنظر فأولاده الذين خلفوه في وضع اليد يكون وضع يدهم بذاته مشــوبا بالوقتية كحكم المادة ٧٩ من القانون المدنى القديم . وحتى لــو صــح أنهم بعد وفاة مورثهم وضعوا يدهم على العين الموقوفة بنــية الملك فإن ذلك لايكفى لكسبهم الملكية مادام أن تغيير نيتهم لم يقــترن بفعل ظاهر يجابه حق جهة الوقف – والرهن التأمينى الذى صــدر من أحدهم وهو السيد الألفى غنيم شأنه شأن الرهن الصادر مــن الواقــف لايتم به تغيير صفة الحيازة كما أن وضع يد الناظر الذى خلف الواقف في النظر على الوقف على عين أخرى باعتبار أنهــا العين الموقوفة غير ذى دلالة على تغيير صفة وضع يد أولاد الواقــف على الوقف لأنه فضلا عن جواز أن يكون وضع اليد هذا

قـد حصـل بطريق الخطأ ليس إلا فإن هذا الأمر على أى حال لا يمكـن أن يفـيد مـنه في الادعاء بتغيير صفة الحيازة إلا صاحبه فـأولاد الواقـف لا شأن لهم به . وهو لايعتبر معارضة منهم لحق جهـة الوقف في العين الموقوفة – وإذن فإنه على الأقل إلى تاريخ قـيام البنك العقارى بنزع ملكية العين الموقوفة ورسو مزادها على مـورث الطاعنيـن في ١٩ من مايو سنة ١٩٣٧ لايمكن أن تكون هـناك شـبهة فـي أن وضع اليد كان وقتيا ولايدخل البتة في مدة الـتقادم ولمـا كان لم يمض من التاريخ المذكور حتى تاريخ رفع الدعـوى وهـو ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٤٣ لمدة الثلاث وثلاثين سنة المقررة لكسب الأموال الموقوفة بالتقادم – فإن الحكم المطعون فيه إذ انـتهى إلى أن مورث الطاعنين قد اكتسب ملكية العين الموقوفة بالتقادم وأسس على ذلك قضاءه برفض دعوى جهة الوقف بملكيتها لهذه العين وطلب تسليمها إليها يكون قد خالف القانون بما يستوجب نقضـه دون حاجـة لبحث ما أثارته الطاعنة في باقى أوجه الطعن خاصـا بوقف سريان التقادم بسبب شغور الوقف من النظر وبسبب تعذر مطالبة الوقف بحقوقه لاجتماع صفتى الناظر والمتغصب في الواقف ".

(طعن رقم ١٢٥ لسنة ٢٦ ق جلسة ١٩٦١/١٢/٢٨)

١٩٢ – هل يجوز للوقف أن يتملك بالتقادم ؟

للوقــف بحكم كونه شخصا معنويا الإفادة من حكم المادة ٩٦٨ مدنـــى واكتساب ملكية العقارات بالتقادم الطويل أى بمضى خمس عشرة سنة ميلادية كاملة ، طالما توافرت شروط تطبيق هذه المادة، ذلــك أنـــه لايوجد في القانون ما يمنع الوقف من هذا التملك . فإذا تملــك الوقــف عقارا أصبح هذا العقار موقوفا دون ما حاجة إلى ضبط حجة شرعية بالوقف (١).

وكـــان المشروع التمهيدى لنص المادة ٩٧٠ من القانون المدنى قد تضمن فقرة ثانية تجرى على أن : " وليس للوقف أن يكسب حقا بالـــتقادم " وجـــاء بمذكـــرة المشروع التمهيدى بصدد هذه الفقرة : "ولايملــك الوقــف بالتقادم لأنه يشترط في إنشائه أن يكون بحجة

---

(١) الســـنهورى ص ١٣٨١ ومابعدهـــا- محمـــد علـــى عـــرفه ص ٣٥٢ ومابعدهـــا- عـــبد المنعم الصده ص ٥٨١- المستشار عبد الرحيم على محمد قوانين الوقف ومنازعاته الطبعة الأولى ١٩٩٩ ص ٦٢ ومابعدها – عكس ذلك محمد كامل مرسى جـــ٤ ص ٣٩٧ ومابعدها إذ يذهب إلى أن : " .... وقـــرر بعـــض آخر أن العقار لايتحول من ملك إلى وقف بمضـــى المـــدة ، لأن صفة الوقف لاتترتب للأعيان إلا بعقد من المالك على يد رئيس المحكمة أو من يحيله إليه من القضاة أو الموثقين ، وبعد استيفاء إجراءات خاصة فجهة الوقف لا تملك الأعيان الحرة مهما طال وضع يدها عليها ونحن من الرأى الأخير ".

شـــرعية " ولكـــن هذه الفقرة حذفت في لجنة مجلس الشيوخ ليترك الأمر للقضاة ليتصرفوا حسب القواعد العامة [١].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " الوقـــف - بحكـــم كونـــه شخصا اعتباريا - له أن ينتفع بأحكام القانون المدنى في خصوص التقادم المكسب للملك ، إذ ليس فـــي هذا القانون ما يحرمه من ذلك . وإذ كان التقادم المكسب هو في حكم القانون قرينة قانونية قاطعة على ثبوت الملك لصاحب اليد كـــان توافـــر هذه القرينة لمصلحة جهة الوقف دليلا على أن العين التى تحت يدها موقوفة وقفا صحيحا ولو لم يحصل به إشهاد " .

(طعن رقم ٧ لسنة ١٧ ق جلسة ١٩٤٨/٤/٢٢)

٢- (أ) - "يجوز للوقف أن يتمسك بالتقادم المكسب شأنه في ذلـــك شأن الأفراد ، ذلك أن الحكمة التى أقيم عليها هذا التقادم في القـــانون المدنـــى هى أن الملك وإن كان لايزول عن صاحبه بعدم وضـــع يـــده علـــيه مهمـــا طال الترك إلا أن وضع اليد المستوفى للشـــروط القانونـــية يعتبر قرينة على شرعية الملك ، وهى قرينة قانونـــية بســـيطة يصح دحضها ولكن إذا تطاول عليها الزمن المدة الـــتى حددهـــا القـــانون ارتفعت إلى مصاف القرائن القاطعة التى لاتقبل نقضا " .

(طعن رقم ٤٠٥ لسنة ٢١ ق جلسة ١٩٥٥/٣/١٠)

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٦ ص ٤٩٧ .

(ب)- " المـــدة اللازمـــة لـ يكتسب الوقف الملك بالتقادم هى خمـــس عشـــرة سنة . أما مدة الثلاث والثلاثين سنة فهى التى تلزم للتمسك قبل الوقف باكتساب ملكيته بالتقادم " .

(ج)- " لايمنع الوقف من التمسك بالتقادم المكسب ما نص عليه القـــانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ من أنه يعد تاريخ العمل به لايصح الوقـــف بإشـــهاد ذلـــك أنه ليس ثمة ما يمنع الوقف بعد قيامه من الانتفاع بقرينة التقادم القاطعة التى تعفيه من تقديم سند ملكيته ".

(د)- " للوقف أن يضم إلى مدة وضع يده مدة وضع يد سلفه ".

هـــ-" الحكم الصادر قبل ناظر الوقف بصفته الشخصية لايؤثر على وضع يد الوقف ولايحوز قوة الأمر المقضى بالنسبة إليه " .

(و) - " القضـــاء بـــالملك لواضـــع اليد المدة الطويلة المكسبة للملكـــية لايحتاج إلى استظهار السبب المشروع الذى يستند إليه في وضع يده ".

(طعن رقم ٤٠٥ لسنة ٢١ ق جلسة ١٩٥٥/٣/١٠)

٣- " جرى قضاء محكمة النقض بأن الوقف بحكم كونه شخصا اعتـــباريا له أن ينـــتفع بأحكام القانون المدنى في خصوص التقادم المكســـب للتملك إذ ليس في القانون ما يحرمه من ذلك ولأن التقادم المكســـب هو في حكم القانون قرينة قانونية بأن العين قاطعة على ثـــبوت الملك لصاحب اليد كائنا من كان والقول بأن العين لاتعتبر موقوفـــة إلا إذا صدر بوقفها إشهاد شرعى، لا محل للتحدى به إلا عند قيام النزاع في وقف العين المدعى بها وإنكار الوقف من جانب واضع اليد عليها " .

(طعن رقم ٣٣٢ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٨/٣/٢١)

١٩٣ـ عـدم جـواز تملـك الأمـوال الخاصة المملوكة للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة اعتبارا من ١٩٥٧/٧/١٣ :

رأينا أن القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ المعمول به اعتبارا من ١٩٥٧/٧/١٣ استبدل النص الآتى بالمادة ٩٧٠ من التقنين المدنى:

" فـــي جمـــيع الأحـــوال لاتكسب حقوق الإرث بالتقادم إلا إذا دامت الحيازة مدة ثلاث وثلاثين سنة .

ولايجــوز تملك الأموال الخاصة المملوكة للدولة أو الأشخاص الاعتــبارية العامة وكذلك أموال الأوقاف الخيرية أو كسب أى حق عينى عليها بالتقادم " .

فالأموال الخاصة للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة ، وهى الأمــوال المعــروفة باســم " الدومين الخاص" والتى تتملكها ملكية خاصـــة شأنها في ذلك شأن الأفراد تماما كانت قبل العمل بالقانون ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ ، يجوز تملكها بالتقادم بمضى خمس عشرة سنة كاملة ، شأنها كالشأن في الأموال الخاصة .

إلا أن المشـــرع رأى أن هذه الأموال الخاصة جديرة بالحماية حـــتى تصـــبح فـــي مأمن من تملكها بالتقادم عن طريق وضع اليد علـــيها خاصـــة وأن الحكومـــة والهيئات الاعتبارية مهما أحكمت الـــرقابة والإشـــراف على هذه الأموال فإن ذلك لن يمنع الغير من تملكهـــا عن طريق وضع اليد عليها [١]. ولذلك نصت المادة ٩٧٠ في فقرتها الثانية بعد استبدالها بالقانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ على

---

(١) المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ .

أنــه لايجوز تملك الأموال الخاصة للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة أو كسب أى حق عينى عليها بالتقادم ، كحق ارتفاق أو حق انتفاع أو حق رهن حيازى . ولما كان القانون المذكور ليس له ثمة أثــر رجعــى ، فــإن حظر التملك لايسرى على الأموال المذكورة طالما تم تملكها بالتقادم قبل العمل به. وقد جاء بالمذكرة الإيضاحيه للقانون ما يأتى :

" وبديهــى أن هــذا التشريع لا يكون له أثر رجعى بالنسبة لما اكتسب فعلا من هذه الأموال بالتقادم قبل صدوره ".

ومن أمثلة الأموال الخاصة للدولة والأشخاص الاعتبارية العامة ما يأتى :

١- العقارات المستولى عليها تنفيذاً لأحكام المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسـنة ١٩٥٢ (المعـدل) بالإصـلاح الزراعى والعقارات الأخــرى التى تسلم إلى الهيئة العامة للإصلاح الزراعى لتوزيعها على صغار الفلاحين .

٢- الأراضى البور والأراضى الصحراوية .

٣- العقـارات الـتى تقـيمها الوزارات والمحافظات ووحدات الإدارية المحلية وتتولى بيعها للأفراد .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " مــن الواجــب – وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة- توافر نية التملك لمن يبغى حماية يده بدعوى منع التعرض ، ولازم ذلــك أن يكــون العقار من العقارات التى يجوز تملكها بالتقادم فلا يكــون من الأموال الخاصة للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة

الــتى منع الشارع تملكها أو كسب أى حق عينى عليها بالتقادم بما نص عليه في المادة ٩٧٠ من القانون المدنى " .

(طعن رقم ٤٦٨ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٧٧/١١/٩)

٢- " مـــن المقرر قانونا عملا بالمادة ٩٧٠ من القانون المدنى أن الأرض المملوكـــة للدولة ملكية خاصة لايجوز تملكها أو كسب حق عينى عليها بالتقادم " .

(طعن رقم ١٧٣٧ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٢/١١/٢١)

٣- " المقـــرر وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أنه يتعين توافـــر نية التملك لمن يبغى حماية يده بدعوى منع التعرض ولازم ذلـــك أن يكـــون العقار من العقارات التى يجوز تملكها بالتقادم فلا يكـــون من الأموال الخاصة بالدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة أو الأوقـــاف الخـــيرية الـــتى منع المشرع تملكها أو كسب أى حق عيـــنى علـــيها بالـــتقادم بما نص عليه في المادة ٩٧٠ من القانون المدنـــى المعدلـــة بالقانونين ١٩٥٧/١٤٧ - ١٩٥٩/٣٩ ، ومن ثم يتعين على المحكمة في دعوى منع التعرض أن تحسم النزاع المثار حـــول مـــا إذا كـــان العقـــار مما يجوز كسب ملكيته بالتقادم أم لا للوصـــول إلـــى ما إذا كانت حيازته جديرة بالحماية القانونية لمنع التعرض لها أم لا دون أن يعتبر ذلك منها تعرضا لأصل الحق " .

(طعن رقم ١٠٨٠ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨٤/٣/٢٧)

٤- " لمـــا كان الشارع قد عرف الأراضى الصحراوية في نطاق تطبـــيق أحكام القانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٨١ بما ضمنه نص المادة الأولـــى مـــنه أنها " الأراضى المملوكة للدولة ملكية خاصة والواقعة خـــارج الـــزمام بعد مسافة كيلو مترين .... " ونص في المادة الثانية

مـــنه علـــى أن " تكـــون إدارة واســـتغلال والتصرف في الأراضى الصحراوية الخاضعة لأحكام هذا القانون وفقا للأوضاع والإجراءات المبيـــنة فـــيما يلـــى : ١- يصدر وزير الدفاع قرارا بتحديد المناطق الاســـتراتيجية ذات الأهمية العسكرية من الأراضى الصحراوية التى لايجـــوز تملكها .... " بما مفاده أن الأراضى التى لم تكن على ملك الدولة أو التى خرجت عن ملكها بالتصرف فيها قبل أن يصدر قرار وزيـــر الدفـــاع بتحديدها ضمن المناطق الاستحراتيجية ذات الأهمية العسكرية تضحى غير خاضعة للقيود الواردة على إدارتها واستغلالها والتصرف فيها المنصوص عليها في المادة سالفة الذكر ".

(طعن رقم ٥٧٥ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩٤/١٢/٢٥)

٥- " إذا كـــان البين من الأوراق أن الطاعن تمسك في دفاعه بأنـــه تكونت بينه وبين المطعون ضده وثالث شركة توصية بسيطة بمقتضـــى العقـــد المؤرخ ١٩٨٩/١/١ الغرض منها بيع المأكولات والمشـــروبات فـــي الكشـــك الذى أقامه المطعون ضده على قطعة الأرض التى تم تخصيصها له من جهاز مدينة العاشر من رمضان فـــلا تقبل دعواه بطلب استرداد الحيازة (حيازة الكشك) وإذ خالف الحكـــم المطعون منه هذا النظر وقضى بقبول دعوى الحيازة فإنه يكون معيبا بمخالفة القانون والخطأ في تطبيقه ".

(طعن رقم ٦١٤٢ لسنة ٦٦ ق جلسة ١٩٩٨/٢/٢٤ – لم ينشر بعد)

١٩٤ـ حق الوزيـر المختـص فـى إزالة التعدى على الأموال الخاصة للدولة وللأشخاص الاعتبارية العامة :

بتاريخ ١٩٥٩/٢/٢ صدر القانون رقم ٣٩ لسنة ١٩٥٩ بتعديل المادة ٩٧٠ مدنى سالفة الذكر وأضاف إليها :

" كما لايجوز التعدى عليها . وفى حالة حصول التعدى يكون للجهة صاحبة الشأن حق إزالته إداريا بحسب ما تقتضيه المصلحة العامة " .

وقد رأى المشرع أنه لما كان حق إصدار القرارات الإدارية هو أسلوب من أساليب الإدارة العامة وحدها تلجأ إليه عند ممارستها لنشاطها ، وكان حق تنفيذ هذه القرارات تنفيذا مباشرا دون حاجة إلى إذن سابق من القضاء هو من امتيازات الإدارة التى لا مثيل لها لدى أشخاص القانون الخاص في تصرفاتهم ، وهو طريق استثنائى محض لاتستطيع الإدارة أن تلجأ إليه إلا في حالات محددة على سبيل الحصر إذ الأصل أن تلجأ الإدارة – شأنها في ذلك شأن الأفراد – إلى القضاء لاستيفاء حقوقها ، ولما كان هذا الحق لاصقا بطبيعة عمل الإدارة العامة ولازما لضرورة محافظتها على المرافق التى تشرف وتهيمن عليها مبتغية تحقيق النفع العام ، فقد يكون مقبولا أن يناط بالوزير المختص دون غيره إصدار القرارات الإدارية بإزالة التعرض صونا لحقوق الغير وضمانا لهم يحميهم من استعمال هذا الحق بدون أساس يسنده ويؤيده (١).

ولذلك عدل القانون ٥٥ لسنة ١٩٧٠ المادة ٩٧٠ مدنى بأن جعل حق إزالة التعدى إداريا للوزير المختص دون غيره .

١٩٥ـ حظر تملك أموال الوحدات الاقتصادية التابعة للمؤسسات العامة أو الهيئات العامة وشركات القطاع العام غير التابعة لأيهما :

كانت أموال الوحدات الاقتصادية التابعة للمؤسسات العامة أو الهيئات العامة وشركات القطاع العام غير التابعة لأيهما يحوز

---

(١) المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٧٠

تملكها بالتقادم، كالأموال الخاصة تماما. إلا أن القانون رقم٥٥ لسنة ١٩٧٠ الذىعدل المادة ٩٧٠ مدنى والمعمول به من ١٣/٨/١٩٧٠، أضــاف إلى الأموال التى لايجوز تملكها بالتقادم أو كسب أى حق عينى عليها ، أموال الوحدات الاقتصادية التابعة للمؤسسات العامة أو الهيئات العامة وشركات القطاع العام وغير التابعة لأيهما .

وقــد حــدا الشــارع إلى ذلك – على ما أفصحت عنه المذكرة الإيضــاحية للقانون المذكور – كثرة حوادث التعدى من الحظرين على أملاك هذه الوحدات ووضع اليد عليها والاضطرار إلى لجوء الشــركات للقضـــاء لــرفع دعاوى تثبيت الملكية ضد المعتدين بما يصاحب ذلك من إشكالات لا حصر لها ، وهو طريق شاق طويل ، خصوصـــا وأن هــؤلاء المعتدين بوسائلهم وأساليبهم يعمدون إلى اصطناع الدليل لتأييد وضعهم، مما قد يعرض هذه الأموال للضياع .

ولمـــا كـــان هـــذا القانون ليس أثر رجعى ، فإنه لايسرى على التقادم الذى اكتملت مدته قبل العمل به في ١٣/٨/١٩٧٠ .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١– " النص بالفقرة الثانية من المادة ٩٧٠ من القانون المدنى– بعــد تعديلها بالقانون ١٤٧ لسنة ١٩٥٧– على أن " لايجوز تملك الأمــوال الخاصـــة المملوكة للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة وكذلك أموال الأوقاف الخيرية أوكسب أى حق عينى عليها بالتقادم" والــنص بــذات الفقرة بعد استبدالها بالقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٧٠ علــى أن " لايجــوز تملــك الأمــوال الخاصة المملوكة للدولة أو للأشــخاص الاعتــبارية العامة وكذلك أموال الوحدات الاقتصادية الــتابعة للمؤسسات العامة أو للهيئات العامة وشركات القطاع العام غــير التابعة لأيهما والأوقاف الخيرية أو كسب أى حق عينى على هــذه الأمــوال بالتقادم " يدل على أن المشرع أراد بالتعديل الأول

للفقــرة الثانية من المادة ٩٧٠ من القانون المدنى ، حماية الأموال الخاصة المملوكة للدولة وللأشخاص العامة الأخرى، إقليمية كانت أو مصـــلحيه حتى تكون تلك الأموال في مأمن من تملكها بالتقادم ، أما أموال الوحدات الاقتصادية التابعة للمؤسسات العامة أو للهيئات العامـــة أو شركات القطاع العام غير التابعة لأيهما فقد ظلت بمنأى عــن هــذا الحظر ، وظل من الجائز تملكها وكسب أى حق عليها بالـــتقادم حـــتى أسبغ عليها المشرع تلك الحماية بالقانون ٥٥ لسنة ١٩٧٠ والمعمـــول به من تاريخ نشره في الجريدة الرسمة بتاريخ ١٩٧٠/٨/١٣ ، وإذ لم يكن لهذا القانون أثر رجعى فإنه متى كسب الأفــراد ملكـــية تلك الأموال بالتقادم قبل نفاذه ، فإنها تبقى مملوكة لهـــم، وإذ كـــان ذلك وكان تأميم الشركة المطعون ضدها الأخيرة بقـــرار رئـــيس الجمهورية رقم ١١٧ لسنة ١٩٦١ بتأميم الشركات والمنشـــآت ثـــم اتـــباعها لمؤسســـة عامـــة لاينفى عنها شخصيتها الاعتـــبارية وكيانها المستقل عن شخصية الدولة أو المؤسسة العامة ولايمس شكلها القانونى الذى كان لها قبل التأميم ، فلا تمثل جهازا إداريـــا ولاتعتبر من أشخاص القانون العام ، بل تظل رغم ملكية الدولة لهـــا شخصـــا مـــن أشخاص القانون الخاص، مما مؤداه أن أموال تلك الشـــركة كانـــت مما يجوز تملكه بالتقادم بعد العمل بالقانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ وإلى أن عمل بالقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٧٠، وكان الحكم المطعـــون فـــيه قـــد رفض ما تمسك به الطاعن من أنه تملك أطيان المطعـــون ضدها الأخيرة بالتقادم الطويل الذى اكتملت مدته قبل العمل بالقـــانون رقـــم ٥٥ لسنة ١٩٧٠ ، على أساس أن مدة التقادم لم تكتمل للطاعـــن قـــبل العمـــل بالقانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧، حال أن دفاع الطاعـــن يقوم على أن حيازته وسلفه قد امتدت منذ سنة ١٩٥٢ وحتى سنة ١٩٧٣ فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه " .

(طعن رقم ١٧٤٦ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨١/١٢/٣١)

مـــادة (٩٧١)

إذا ثبــت قيام الحيازة فى وقت سابق معين وكانت قائمة حالا، فإن ذلك يكون قرينة على قيامها فى المدة ما بين الزمنين ، ما لم يقم الدليل على العكس .

الشـــرح

١٩٥ مكـررا – قـيام الحـيازة فى وقت سابق ، وقيامها حالا قرينة على قيامها فى المدة ما بين الزمنين :

إذا ثبــت قـيام الحـيازة فى وقت سابق ، سواء كانت الحيازة للشـخص نفســه أو بواسطة سلفة ، وكانت الحيازة قائمة حالا فقد جعــل القــانون مــن ذلك قرينة على قيام الحيازة فى المدة ما بين الزمنين .

فلا يكلف الحائز بإثبات استمرار حيازته فيما بين الزمنين .

ولكــن هــذه القرينة بسيطة إذ يستطيع من يدعى العكس إثبات ذلــك. وهو يجوز له هذا الإثبات بكافة طرق الإثبات القانونية بما فيها البينة والقرائن.

فــإذا كان الحائز يتمسك بأن حيازته دامت خمس سنوات وهى مــدة التقادم المكسب القصير أو دامت خمس عشرة سنة وهى مدة الـتقادم المكســب الطويل. فإنه يكفيه إثبات أنه يحوز العين حالا ،

وأنه قد حازها بنفسه أو بواسطة سلف له فى زمن سابق يرجع إلى خمس سنوات أو خمس عشرة سنة من قبل .

ويشـترط أن تكون الحيازة فى الزمنين مستوفية لكافة شروطها القانونية ، أىتكون حيازة ظاهرة هادئة غير غامضة مستمرة .

ويكفـى فـى الاستمرار هنا أن تكون الحيازة قد دامت منتظمة علـى الوجـه المـألوف مـدة تكفى لاعتبارها مستمرة وليس من الضرورى أن تستمر سنة كاملة .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" يكفـى أن يثبت الحائز التاريخ الذى بدأت فيه حيازته ثم يثبت أنـه حائز فى الحال فلا يحتاج بعد ذلك لإثبات أنه استمر حائزا فى المدة ما بين الزمنين ، فإن هذا الاستمرار يكون مفروضا حتى يقوم الدليل على العكس . بل إن قيام الحيازة حالا ، إذا كان لدى الحائز سند يعطى الحق فى الحيازة ، قرينة على قيامها فى وقت سابق هو بـدء الـتاريخ الثابت لهذا السند ما لم يقم الدليل على عكس ذلك . ويتبين من هذا أن الحائز إذا قدم لإثبات حيازته عقد بيع مثلا ثابت التاريخ منذ خمس عشرة سنة ، فيكفى هذا العقد قرينة على أنه حاز مـنذ خمس عشرة سنة ، وأنه مستمر فى حيازته إلى اليوم ، وعلى خصـمه أن يثبت العكس إذا ادعاه ، وفى هذه القرائن تيسير عظيم لإثبات الحيازة بدءا واستمرارا "[١].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٦ ص ٥٠٨ .

مــــادة (٩٧٢)

١- لـــيس لأحــد أن يكســب بالتقادم على خلاف سنده . فلا يســتطيع أحد أن يغير بنفسه لنفسه سبب حيازته ولا الأصل الذى تقوم عليه هذه الحيازة .

٢- ولكـــن يستطيع أن يكسب بالتقادم إذا تغيرت صفة حيازته إما بفعل الغير وإما بفعل منه يعتبر معارضة لحق المالك ولكن في هذه الحالة لايبدأ سريان التقادم إلا من تاريخ هذا التغيير .

الشــــرح

١٩٦ـ الأصل دوام صفة الحيازة العرضية :

العرضـــية صـــفة دائمة للحيازة ، بمعنى أن الحيازة العرضية تظل محتفظة بصفتها مهما مضى عليها من زمن . فهى تبقى حتى بعـــد حلول الميعاد لرد الشيء ، بل حتى بعد أن يبطل الالتزام برد الشيء أو ينقضى بالتقادم . وذلك لأن العرضية تأتى من الاعتراف بحـــق الحائـــز الحقـــيقى الـــذى ينطوى عليه سند الحيازة ، وهذا الاعـــتراف يظل قائما رغم بطلان الالتزام بالرد أو انقضائه . فإذا اســـتمر المســـتأجر واضعا يده على العين المؤجرة بعد بطلان عقد الإيجـــار أو انتهاء مدته فلا يكون له أن يدعى تملك العين بالتقادم . ولذلـــك نصـــت الفقرة الأولى من المادة على أنه : " ليس لأحد أن

يكســب بالتقادم على خلاف سنده . فلا يستطيع أحد أن يغير بنفسه لنفسه سبب حيازته ولا الأصل الذى تقوم عليه الحيازة '.

ومــؤدى هــذا أن تحويل الحيازة العرضية إلى حيازة قانونية لايكفــى فــيه مجــرد تغيــير في نية الحائز العرضى . فإذا جاء المستأجر يوما واتجهت إرادته من هذا اليوم إلى أنه يحوز لحساب نفسه وأعلن المؤجر بذلك حتى لو امتنع عن دفع الأجرة إليه ، فإن هــذا لــيس من شأنه أن يجعل منه حائزا قانونا يستطيع أن يكسب ملكــية العيــن المؤجرة بالتقادم ، فما دام أن النية الجديدة للحائز ، وهــى مسألة نفسية ، لم تتضح بفعل ظاهر على النحو الذى يتطلبه القانون، فإن الاعتراف بحق الحائز الحقيقى الذى ينطوى عليه سند الحــيازة يظــل قائمــا ، ومــن ثــم تظل الحيازة محتفظة بصفة العرضية(١).

وما يسرى على الحائز العرضى يسرى على ورثته.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " وضـــع يد الناظرة ، بصفتها ناظرة ، على أعيان الوقف مهمــا طال زمنه لايكسبها ملكيتها ، لأنها لم تضع يدها إلا بصفتها

---

(١) محمــد كــامل مرســى ص١٦٠ ومابعدها - عبد المنعم الصده ٥٤٢ ومابعدها .

وكيلة عن جهة الوقف ، ويد الوكيل لاتؤدى إلى الملكية إلا إذا تغيرت صفتها".

(طعن رقم ٢٤ لسنة ١ ق جلسة ١٩٣١/١٢/٣١)

٢- " إن انفساخ عقد التحكير لعدم دفع الأجرة ثلاث سنين أمر إذا كان الشرعيون قرروه فما ذلك إلا ابتغاء مصلحة الوقف دون مصلحة المحتكر ، فالذى يتحدى به هو جهة الوقف إن أرادته ، أما المحتكر فلا يقبل منه التحدى بذلك في صدد تمسكه بتغير صفة وضع اليد الحاصل ابتداء بسبب التحكير ، بل مهما انفسخ عقد التحكير للعلة المذكورة فإن صفة وضع اليد تبقى على حالها غير متغيرة مثل المحتكر في ذلك كمثل المستأجر العادى لو كان مقررا في عقد التأجير له أن العقد يصبح مفسوخا حتما بعدم دفع الأجرة في مواعيدها ، ومهما طال انتفاعه بالعين المؤجرة بغير أن يدفع أجرتها ، فإنه لايستطيع أن يكسب الملكية بوضع اليد " .

(طعن رقم ١ لسنة ٥ ق جلسة ١٩٣٥/١٠/٣١)

١٩٧ـ تغيير صفة الحيازة :

تتغير صفة الحيازة من حيازة عرضية إلى حيازة أصيلة يستطيع بها الحائز أن يكسب ملكية العين بالتقادم ، وذلك بتغيير سبب الحيازة ، وهذا لايحدث إلا بأمرين :

(الأمر الأول)

تغيير سبب الحيازة بفعل الغير :

ويكون ذلك بأن يتلقى الحائز العرضى ملكية العين بعقد من العقود الناقلة للملكية سواء بمقابل أو بغير مقابل ، كالبيع أو المقايضة أو الهبة ، من شخص من الغير يعتقد أنه المالك لها والمستحق للتصرف فيها .

فيشترط ألا يكون المتصرف مالكا ، لأنه لو كان مالكا لانتقلت الملكية إلى الحائز .

فهنا يستبدل الحائز العرضى بسنده المؤقت سندا ناقلا للملكية بطبيعته ، وبذلك يدعم تغيير نيته بعمل ظاهر هو تغيير سنده ، فينقلب حائزاً قانونيا (١).

ويذهب رأى في الفقه ، إلى أن أنه لايشترط أن يكون الحائز العرضى ، وقت أن تلقى التصرف الناقل للملكية ، حسن النية أى يعتقد أنه تعامل مع المالك الحقيقى ، فلو كان سيىء النية ، أى يعرف أنه يتعامل مع غير المالك ، فإن التصرف الصادر إليه على هذا النحو يغير هو أيضا من صفة حيازته فتنقلب هذه الحيازة من حيازة عرضية إلى حيازة أصلية (٢).

---

(١) محمد على عرفه ص ١٥٦ – عبد المنعم الصده ص ٥٤٤ – منصور مصطفى منصور ص ٣٨٦ – المستشار محمد عبد اللطيف ص ٢٨٤ .

(٢) السنهورى ص ١١٤٠ .

غــير أن الرأى الغالب في الفقه يذهب إلى أنه يشترط أن يكون الحائز جادا فيما أقدم عليه من تغيير ، وذلك يستلزم بالضرورة أن يكون هو حسن النية . فإذا كان سيىء النية بأن كان يعلم أنه يتعامل مــع غير مالك ، فإن ما أقدم عليه يكون تحايلا على القانون الذى يحظر على الحائز أن يغير بنفسه سبب حيازته ، ومن ثم فلا يكون له أثر في تغيير أصل هذه الحيازة [1].

وهذا الشرط يفرضه المنطق القانونى وإن لم يرد به نص إذ لو أجــيز للحائز أن يتمسك بتغيير سند حيازته ولو كان سيىء النية ، لكان معنى ذلك أن نجيز له تغيير صفته بفعله خفية عن المالك ، إذ يستطيع أن يبرم تصرفا ناقلا للملكية مع أى شخص يعرف أنه غير مـــالك ويســـتند إلى هذا التصرف للقول بأنه أصبح حائزا حقيقيا ، ومـــن شـــأن ذلك أن يجعل تغيير الحيازة حاصلا بفعل الحائز ذاته لابفعـــل الغـــير . دون اشتراط أن يتم هذا الفعل في مواجهة المالك مما يجعل اشتراط هذه المواجهة لغوا لا قيمة له [2].

---

(١) محمـــد كامل مرسى ص ١٦٧ – عبد المنعم الصده ص ٥٤٥ – محمد على عرفه ص ١٥٧ – محمد لبيب شنب ص ١٧١ – جميل الشرقاوى ص ٢٨٧ – منصور مصطفى منصور ص ٣٨٦ .

(٢) محمد لبيب شنب ص ١٧٢ .

وقد أخذت محكمة النقض بهذا الرأى الأخير إذ قضت بأن :

(أ) - " إن القــاعدة التى تقررها المادة ٧٩ من القانون المدنى صــريحة فــي أن لاســبيل لمن وضع يده بسبب وقتى معلوم غير أســباب التملــيك المعــروفة إلى أن يكسب لا هو ولا ورثته الملك بوضع اليد مهما تسلسل التوريث وطال الزمن ".

(ب) - " وضــع الــيد بسبب وقتى معلوم غير أسباب التمليك المعــروفة لايعتــبر صالحا للتمسك به إلا إذا حصل تغيير في هذا السبب يزيل عنه صفته الوقتية . والمفهوم من قواعد التملك بمضى المدة الطويلة ومن باقى الأصول القانونية أن هذا التغيير لايكون إلا بإحدى اثنتين. أن يتلقى ذو اليد الوقتية ملك العين عن شخص من الأغــيار يعتقد هو أنه المالك لها والمستحق للتصرف فيها ، أو أن يجابــه ذو اليد الوقتية مالك العين . مجابهة ظاهرة صريحة بصفة فعلــية أو بصفة قضائية أو غير قضائية (judiciaire ou extra judiciare) تــدل دلالة جازمة على أنه مزمع إنكار الملكية على المــالك والاستئثار بها دونه وإذن فالواقف الذى هو مستحق للوقف وناظر عليه لايمكن أن يكون وضع يده إلا بصفة وقتية من قبل أنه منــتفع أو مدير لشئون العين بالنيابة عن جهة الوقف . فحكم المادة ٧٩ مــن القــانون المدنى يسرى بداهة عليه وعلى ورثته من بعده مهما تسلسل توريثهم وطال وضع يدهم . ولايستطيع أيهم أن يتملك

العيـن بـالمدة الطويلة إلا بعد أن يغير صفة وضع يده على النحو السالف الذكر".

(طعن رقم ٣٦ لسنة ٤ ق جلسة ١٩٣٥/٢/٢٨)

والحائـز العرضى الذى يستند في تغيير سبب حيازته إلى عقد صـادر مـن شخص يعتقد أنه المالك للعين ، يكسب ملكية العقار بالـتقادم الخمسـى دائمـا ، إذ تصبح حيازته مدعمة بحسن النية والسبب الصحيح [١].

كمـا أن تغيـير السـند يجب أن يكون مصحوبا بتغيير سلوك الحائـز أيضا ، بحيث يكون مطابقا لسنده الناقل للملكية ، فإذا كان الحائـز العرضـى مسـتأجرا ، وجب عليه الامتناع بعد أن تلقى التصـرف عـن دفـع الأجرة إلى المؤجر ، وإلا أصبحت حيازته مشوبة بالغموض الهادم لنية التملك [٢].

إلا أنـه لايشـترط أن يعلـن الحائز العرضى سنده الجديد إلى المالك الحقيقى .

---

(١) محمد على عرفه ص ١٥٧ .

(٢) محمد كامل مرسى ص ١٦٧ – عبد المنعم الصده ص ٥٤٥ .

(الأمر الثانى)

تغيير سبب الحيازة بفعل الحائز :

تتغـــير الحيازة بفعل الحائز ، بأن يجابه الحائز العرضى مالك العيـــن مجابهـــة ظاهـــرة بصفة قضائية أو غير قضائية تدل دلالة جازمة على إنكاره الملكية على هذا المالك والاستئثار بها دونه .

فـــلا يكفـــى في ذلك مجرد إنكار الحائز العرضى لحق المالك وإعلانـــه ذلـــك على جمع من الناس ، بل يجب أن يعارض الحائز العرضـــى حـــق المالك فيقوم بينهما مباشرة نزاع على ملكية العين يدعيها الحائز لنفسه وينكر عليه المالك ذلك .

ولايتطلب القانون شكلا خاصا لمعارضة حق المالك . فقد يتخذ الـــنزاع بين الحائز شكلا قضائيا ، كان يرفع المالك دعوى يطالب فـــيها المســـتأجر بـــرد العيـــن المؤجرة أو بدفع الأجرة ، فيرفض المستأجر إجابة هذا الطلب مدعيا أنه المالك .

ولكن لايتحتم أن يكون هناك نزاع قضائى فقد تكون المعارضة عـــن طـــريق إعلان يوجهه الحائز إلى المالك كأن يوجه المستأجر إلـــى المؤجر إعلانا يبلغه فيه ادعاءه أنه المالك ، وأنه لذلك سوف يمتـــنع عن دفع الأجرة في المستقبل أو يعلن الحائز ادعاءه بإقرار رســـمى أو غـــير رســـمى يبلغه للمالك وقد تكون معارضة الحائز للمـــالك بأعمـــال ماديـــة ، كـــأن يشرع المؤجر في استرداد العين

المؤجـرة عند انتهاء الإيجار فيمنعه المستأجر من ذلك بالقوة مدعيا أنـه المـالك . أو كأن يهم المالك بالدخول في حيازة العقار فيمنعه المسـتأجر بالقوة لا استنادا إلى حقه كمستأجر، بل بدعوى أنه هو المالك لهذا العقار .

والملاحـظ هنا أن الحائز – بعكس الأمر السابق – لايغير سند حيازته بآخر ولكنه يهدر هذا السند كلية ، فينقلب غاصبا لايستطيع أن يـتملك إلا بالتقادم الطويل ، كما أنه لايتملك المنقول ولا الثمار اللذين يقتضى تملكهما أن يكون الحائز حسن النية [1].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إن المـادة (٧٩) مـن القـانون المدنى صريحة في أنه لاسـبيل لمـن وضـع يده بسبب وقتى معلوم غير أسباب التمليك المعـروفة إلى أن يكسب لا هو ولا ورثته الملك بوضع اليد مهما تسلسـل التوريـث وطـال الزمن . وحكم هذه المادة يسرى على الواقـف المستحق وعلى الناظر على الوقف وعلى ورثته من بعده مهما تسلسل توريثهم وطال وضع يدهم ، ولايستطيع أيهم أن يتملك العيـن بـالمدة الطويلة إلا بعد أن يغير صفة وضع يده على النحو السالف الذكر ".

---

(١) محمـد كامل مـرسى ص ١٦٨ – محمد على عـرفـه ص ١٥٨ – عبد المنعم الصده ص ٥٤٧ .

(طعن رقم ٧٦ لسنة ٥ ق جلسة ١٩٣٦/٤/٢٣)

٢- "إن تغيير الصفة في وضع اليد لا يكون إلا بعمل مادى أو قضائى مجابه لصاحبه . وإذن فإذا باع المحتكر العين دون أن يشر فـي العقـد إلى أنها محكرة فذلك لايعد تغييرا في الصفة لأنه لم يحصل في مواجهة الوقف " .

(طعن رقم ٦٣ لسنة ١١ ق جلسة ١٩٤٢/٥/١٤)

٣- (أ)- " إن مـا تقضـى به المادة ٣٣٩ من القانون المدنى (القديـم) مـن بطلان عقد البيع الوفائى إذا كان مقصودا به إخفاء رهن لا أثر له على وضع اليد المذكور ولايترتب عليه تغيير سببه وجعلـه بنية التملك متى كان هذا السبب معلوما وهو الرهن ، أما الاعـتراض بأن المادة تقضى ببطلان العقد سواء باعتباره بيعا أو رهنا مما ينفى أن يكون الرهن هو سبب وضع اليد على العين فلا يـبقى إلا الغصـب بنية التملك . هذا الاعتراض مردود بأن العبرة هـى بما اتفق عليه المتعاقدان بصرف النظر عما يرتبه القانون من أثر ببطلان العقد باعتباره رهنا ".

(ب)- " لايغـير ذلـك أن يكون وضع يد المشترى وفاء على العقـار المتنازع عليه كان بموجب محضر تسليم نفاذا لحكم صادر فـي الدعوى التى رفعها والقاضى بفسخ عقد الإيجار الصادر منه إلـى الـبائع والتسليم ، متى كان أساس هذا الحكم هوعقد الإيجار

المبــنى على عقد البيع الوفائى الذى قضى ببطلانه . ومن ثم فإنه يكــون غير صحيح في القانون ما قررته المحكمة من أن المشترى وفــاء جابــه البائع بنية التملك في الدعوى المشار إليها كما يكون وضـــع يد المشترى على العقار موضوع الدعوى غير مقترن منذ بدايته بنية التملك وإنما هو وضع يد عارض بسبب الرهن ولايكسبه الملكية مهما طال الزمن وفقا للمادة ٧٩ من القانون المدنى (القديم) ويكون الحكم المطعون فيه إذ قضى برفض طلب البائع تسليم العين موضوع الدعوى قد أخطأ في تطبيق القانون ويتعين نقضه ".

(طعن رقم ١٧٦ لسنة ٢٠ ق جلسة ١٩٥٢/١٠/١٦)

٣- " لايكفى في تغيير الحائز صفة وضع يده مجرد تغيير نيته بــل يجــب أن يقترن تغيير النية بفعل إيجابى ظاهر يجابه به حق المالك بالإنكار الساطع والمعارضة العلنية ويدل دلالة جازمة على أن ذا الــيد الوقتية مزمع إنكار الملكية على صاحبها واستئثاره بها دونــه ، فــإذا كــان الرهن التأمينى الذى لايتجرد فيه الراهن عن الحيازة ولايقترن بأى مظهر خارجى يتبين منه نية الغصب لايتم به تغيــير صــفة الحيازة في التقادم المكسب على النحو الذى يتطلبه القــانون كما أن وضع يد الواقف المستحق في الوقف والناظر عليه حــتى وفاته وضع يد وقتى وكذلك يكون وضع يد أولاده من بعده مشــوبا بالوقتــية ولو كان بنية التملك ومن ثم فإن رهن الواقف أو

أحـــد أولاده عين الوقف رهنا تأمينيا لا يتم به تغيير الحيازة إذ هو لايتضمن مجابهته حق جهة الوقف بفعل إيجابى ظاهر ".

(طعن رقم ١٢٥ لسنة ٢٦ ق جلسة ١٩٦١/١٢/٢٨)

٤- " مـــن المقـــرر في قضاء محكمة النقض أنه لا يكفى في تغيـــير الحائز صفة وضع يده مجرد تغيير نيته بل يجب أن يكون تغيير النية بفعل إيجابى ظاهر يجابه به حق المالك بالإنكار الساطع والمعارضة العلنية ويدل دلالة جازمة على أن ذا اليد الوقتية مزمع إنكار الملكية على صاحبها واستئثاره بها دونه " .

(طعن رقم ٤٩ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٩/٢/٤)

٥- (أ) - " مـــن المقـــرر فـــي ظل القانون المدنى السابق أن الحصـــة الشائعة يصح أن تكون محلا لأن يحوزها حائز على وجه التخصـــيص والانفراد بنية امتلاكها ، ولايحول دون ذلك اجتماع يد الحائـــز بـــيد مالك العقار بما يؤدى إلى المخالطة بينهما ، لأن هذه المخالطـــة ليســـت عيبا في ذاتها ، وإنما العيب فيما ينشأ عنها من غمـــوض وإيهام ، فإذا استطاع الشريك في العقار الشائع أن يحوز حصة أحد شركائه المشتاعين حيازة تقوم على معارضة حق المالك لهـــا علـــى نحـــو لا يترك محلا لشبهة الغموض والخفاء أو مظنة التســـامح ، واســـتمرت هذه الحيازة دون انقطاع خمس عشرة سنة فإنه يكسب ملكيتها بالتقادم " .

(ب)- " يجــوز تغيير صفة الحائز بعد انتهاء عقد قسمة المهيأة من حائز بسبب وقتى معلوم إلى حائز بقصد التملك ، إذا جابه هذا الحائز باقى الملاك المشتاعين بما يفيد قصده القاطع في التملك ".

(طعن رقم ١٢٧ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧٠/٥/١٩)

٦- " مــتى كــان الطاعــن قد تمسك في دفاعه أمام محكمة الموضــوع بــأن المطعون عليهما - وهما شقيقاه لم يكتسبا ملكية نصــيبه فــي أرض النزاع بالتقادم ، لأنهما كانا يضعان اليد عليه لحســابه هو لا لحسابهما الخاص ، ولما كان الحائز لحساب غيره لايســتطيع أن يكسب بحيازته العرضية حق ملكية العين بالتقادم إلا إذا تغــيرت صــفة حيازته وتحولت من حيازة عرضية إلى حيازة أصــلية. وكــان يبيــن من الحكم المطعون فيه أنه قضى للمطعون عليهما بملكيته نصيب الطاعن في أرض النزاع بالتقادم وبريعه في سنتى المطالبة استنادا إلى أنهما وضعا اليد عليه بنية التملك وأنهما كانــا يقومــان بتأجــيره وزراعته ، دون أن يرد الحكم على دفاع الطاعــن سالف الذكر ودون أن يبين المظاهر الدالة على أن وضع يــد المطعون عليها على القدر المذكور كان بنية التملك ، ومع أن مجرد قيام المطعون عليها بتأجير هذه العين أو بزراعتها لايفيد في ذاتــه أن وضــع اليد عليها كان لحسابهما الخاص ، لما كان ذلك ، فإن الحكم المطعون فيه يكون قد عابه قصور يبطله " .

(طعن رقم ٥٩٧ لسنة ٤٠ ق جلسة ١٩٧٥/٥/١٣)

٧- وضع اليد بسبب وقتى معلوم غير أسباب التمليك - وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة- لايعتبر صالحا للتمسك به إلا إذا حصل تغيير في سببه يزيل عنه صفة الوقتية ، وهذا التغيير لا يكون إلا بإحدى اثنتين ، أن يتلقى ذو اليد الوقتية ملك العين من شخص من الأغيار يعتقد أنه المالك لها والمستحق للتصرف فيها ، أو أن يجابه ذو اليد الوقتية مالك العين مجابهة ظاهرة صريحة بصفة فعلية أو بصفة قضائية أوغير قضائية تدل دلالة جازمة على أنه يزمع إنكار الملكية على المالك والاستئثار بها دونه ، وهو ماتقضى به المادة ٢/٩٧٢ من القانون المدنى) .

(طعن رقم ٤٠٣ لسنة ٤٠ ق جلسة ١٩٧٦/١١/٢٣)

٨- " تغيير سبب الحيازة لا يكون - وعلى ما تقضى به المادة ٢/٩٧٢ من القانون المدنى وما جرى به قضاء هذه المحكمة- إلا بإحدى اثنتين أن يتلقى ذو اليد الوقتية ملك العين من شخص من الأغيار يعتقد هو أنه المالك لها أو أن يجابه ذو اليد الوقتية مالك العين مجابهة صريحة بصفة فعلية قضائية أو غير قضائية تدل على أنه مزمع إنكار الملكية على المالك والاستئثار بها دونه " .

(طعن رقم ٤٥٥ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٠/٢/٢١)

٩- " تغيير سبب وضع اليد لا يكون وعلى ما تقضي به المادة ٩٧٢ مـن القانون المدنى إلا بإحدى اثنتين أن يتلقى ذو اليد الوقتية ملكـية العيـن مـن شخص من الأغيار يعتقد أنه هو المالك أو أن يجابـه ذو اليد الوقتية مالك العين مجابهة صريحة فعلية قضائية أو غـير قضـائية تـدل علـى أنـه مزمع إنكار الملكية على المالك والاسـتئثار بها دونه ، وعبء إثبات تغيير سبب الحيازة على هذا النحو إنما يقع على عاتق الحائز العرضى ".

(طعن رقم ٥٧٩ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٨١/٥/٦)

١٠- " الحائـز العرضـى- وعلـى مـا جرى به قضاء هذه المحكمـة- لايستطيع كسب الملك بالتقادم على خلاف سنده إلا إذا تغـيرت صفة حيازته إما بفعل الغير وإما بفعل منه يعتبر معارضة ظاهـرة لحق المالك ، وتقدير الأدلة في المنازعات الخاصة بتغيير صـفة وضـع الـيد هو من المسائل الموضوعية التى تفصل فيها محكمة الموضوع".

(طعن رقم ٤٧ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٤/١١/٧)

١١- " وحيـث إن هـذا الـنعى في محله ، ذلك أنه وإن كان لمحكمـة الموضـوع – وعلـى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- السـلطة المطلقة في التحقق من استيفاء الحيازة لشروطها القانونية، وهى أن تكون مقرونة بنية التملك ومستمرة وهادئة وظاهرة إلا أن

ذلــك مشروط بأن تكون الأسباب التى أقامت عليها قضاءها سائغة ومســتمدة من أوراق الدعوى ومن شأنها أن تؤدى إلى النتيجة التى خلصــت إليها ، وكانت الطاعنة قد تمسكت في دفاعها أمام محكمة الموضــوع - ووفق طلباتها الختامية - بأن حيازة سلف المطعون ضده للمنزل - المقام على الأرض المملوكة لها - كانت عرضية، إذ كان عاملا لديها ، ودللت على ذلك بشهادة صادرة من التأمينات الاجتماعية ، وكان مؤدى هذا الدفاع أن حيازة السلف لعقار النزاع كانــت بسبب وقتى معلوم ، وكان الحائز العرضى لايستطيع كسب الملك بالتقادم على خلاف سنده إلا إذا تغيرت صفة حيازته - على ما تقضى به المادة ٢/٩٧٢ من القانون المدنى إما بفعل الغير وإما بفعــل من الحائز يعتبر معارضة ظاهرة لحق المالك ، ولايكفى في تغيــير صفة وضع يده - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - مجــرد تغيــير نيته ، بل يجب أن يكون تغيير النية بفعل إيجابى - مادى أو قضائى- يجابه به حق المالك بالإنكار الساطع والمعارضة العلنــية ، ويــدل دلالة جازمة على أن ذا اليد الوقتية مزمع إنكار الملكــية علــى صاحبها والاستئثار بها دونه ، وعبء اثبات تغيير ســبب الحــيازة - علــى هذا النحو - إنما يقع على عاتق الحائز العرضـــى ، لما كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه قد واجه هذا الدفاع بقوله أنه على فرض صحته، فقد حاز المطعون ضده المنزل

لمـــا يقــارب العشــرين عاماً - بعد وفاة مورثه - دون أن تربطه بالطاعــنة مــا يحملها على التسامح في وضع يده ، مما عده الحكم مجابهة صريحة منه لها وإنكارا لملكيتها ، ورتب على ذلك رفض دعواها بطرده وتثبيت ملكيته للعقار ، وكان هذا الذى أورده الحكم لايصـــلح ردا على دفاع الطاعنة ، ذلك أن انتقال الحيازة بالميراث لايمكـــن اعتباره مغيراً للسبب لأن الحيازة إنما تنتقل بصفاتها إلى الــوارث الــذى يخلف مورثه في التزامه بالرد عند انتهاء السبب الوقـــتى لحـــيازته العرضية . ولاتكون للوارث حيازة مستقلة مهما طـــال الزمن ، ولو كان يجهل أصلها أو سببها مالم تصحبه مجابهة صـــريحة ظاهرة للمالك ، وكانت إقامة المطعون ضده - بعد وفاة مورثه بمنزل النزاع- مهما استطالت- لاتعد بمجردها تغييراً لسبب الحـــيازة الوقـــتى الذى تمسكت الطاعنة بانتقاله إليه ، هذا إلى أن الحكـــم الابـــتدائى - المؤيـــد لأســـبابه بالحكم المطعون فيه - قد اســـتخلص من أقوال الشهود الذين سمعهم الخبير توافر نية التملك لدى مورث المطعون ضده ، على الرغم من خلوها مما يفيد توافر هـــذه النـــية، بمـــا يعيب الحكم - فضلا عن الفساد في الاستدلال والقصـــور في التسبيب والخطأ في تطبيق القانون - بمخالفة الثابت بـــالأوراق ، ممـــا يعيـــبه ويوجب نقضه - دون حاجة لبحث باقى أسباب الطعن- على أن يكون مع النقض الإحالة " .

(طعن رقم ٣٠٥٠ لسنة ٦٢ ق جلسة ١٩٩٩/٢/١٠ - لم ينشر بعد)

١٢- " الحائز العرضى لايستطيع كسب الملك بالتقادم على خلاف سنده إلا إذا تغيرت صفة حيازته إما بفعل الغير وإما بفعل من الحائز يعتبر معارضة ظاهرة لحق المالك ولايكفى في تغيير الحائز صفة وضع يده مجرد تغيير نيته بل يجب أن يكون تغيير النية بفعل إيجابى ظاهر يجابه به حق المالك بالإنكار الساطع والمعارضة العلنية ويدل دلالة جازمة على أن ذا اليد الوقتية مزمع إنكار الملكية على صاحبها واستئثاره بها دونه " .

(طعن رقم ١٥٧٨ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٧/١٢/٣٠)

١٩٨ـ مالا يعد تغييرا للحيازة بفعل الحائز :

لايعد تغييرا للحيازة بفعل الحائز ومعارضة منه لحق المالك ما يأتى :

١-استخراج نائب الحائز ترخيصا لإدارة ماكينة باسم النائب وشريكيه دون باقى إخوته .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" متى كان الحكم المطعون فيه لم يبين ما إذا كانت الصفة العرضية لحيازة .... النائب عن الطاعنين بعمل مادى أو قضائى يدل على إنكار ملكيتهما لحصتهما في الماكينة واستئثاره بها دونهما ،

وكـــان استخراج ترخيص لإدارة الماكينة باسم هذا النائب وشريكيه دون باقى اخوته لايعتبر بذاته تغييرا لصفة الحيازة ولايتحقق معنى المعارضـــة لحق الطاعنين بالمعنى المقصود قانونا في هذا الصدد، فإن الحكم يكون معيبا بالقصور في التسبيب والفساد في الاستدلال".

(طعن رقم ٢٥٩ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٧/١/٤)

٢- قـــيام واضـــع الـــيد بطريق النيابة عن غيزه بهدم المبانى المقامـــة فـــي العين وإقامتها من جديد . طالما أنه لم يجابه المالك مجابهة ظاهرة بما يشعره بمعارضة حقه [١].

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" قـــيام واضع اليد بطريق النيابة عن غيره بهدم المبانى المقامة فـــي العين وإقامتها من جديد لا يعتبر بذاته تغييرا لسبب وضع يده ومجابهـــة للمـــالك بالسبب الجديد ولايترتب على وضع اليد كسب الحائز بتلك الصفة ملكية العقار بالتقادم مهما طال الزمن " .

(طعن رقم ٣٢٧ لسنة ٢١ ق جلسة ١٩٥٥/٣/٣١)

٣- إقامة منشآت على الأرض دون إذن مالكها .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" الحائـــز بطـــريق النـــيابة عن صاحب الأرض إذا أقام عليها منشـــآت دون إذن مـــن صاحبها ، فإن مجرد إقامتها لايعتبر بذاته

---

(١) محمد على عرفه ص ١٥٨ .

تغيـيرا لسبب الحيازة ومعارضة لحق المالك بسبب جديد ، بل إن القانون يرتب للمالك الحق في أن يطلب استبقاء هذه المنشآت إذا لم يكن قد طلب إزالتها في ميعاد سنة من يوم علمه بإقامتها " .

(طعن رقم ٣٨٤ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧٢/١٢/٢١)

٤- انفســاخ عقــد التحكير لعدم دفع المحتكر الأجرة لايترتب عليه تغيير صفة وضع يده الحاصل ابتداء بسبب التحكير .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" وضـــع يد المحتكر وورثته من بعده هو وضع يد مؤقت مانع مـن كسـب الملكـية . ولايقبل من المحتكر التحدى بانفساخ عقد التحكـير لعدم دفع الأجرة في صدد تمسكه بتغيير صفة وضع يده الحاصــل ابتداء بسبب التحكير ، بل مهما انفسخ عقد التحكير للعلة المذكورة فإن صفة وضع اليد تبقى على حالها غير متغيرة " .

(طعن رقم ٧٦ لسنة ٥ ق جلسة ١٩٣٦/٤/٢٣)

٥- مجــرد وضع يد أولاد الواقف على العين بنية التملك عقب قســمة أجــروها فــيما بيــنهم ثم مجرد تصرفهم بالبيع لأولادهم المســتحقين بعدهــم في الوقف ، لايترتب عليه تغيير سبب وضع يدهم".

(طعــن رقــم ٣٦ لسنة ٤ ق جلسة ١٩٣٥/٢/٢٨- منشور بالبند السابق)

٦- بيع المحتكر العين دون أن يشير في العقد إلى أنها محكرة، لا يعد تغييرا في الصفة ، لأنه لم يحصل في مواجهة الوقف .

(طعـن رقم ٦٣ لسنة ١١ ق جلسة ١٩٤٢/٥/١٤- منشور بالبند السابق)

١٩٩ـ إثبات تغيير سبب الحيازة :

يقع عبء إثبات تغيير سبب الحيازة دائما على الحائز، فعليه أن يقـيم الدلـيل على أن تغيير سبب وضع يده بأن يثبت أن سيطرته الفعلية على العقار قد تعدت حدود حقه في الانتفاع إلى ملكية العقار ذاتا ومنفعة ويجوز إثبات الأعمال المادية التي يباشرها الحائز على العيـن والـتي تفيد معنى الاستئثار بالملكية بكافة طرق الإثبات بما فيها البينة .

أما إذا كان المراد إثباته عملا قانونيا ، كما لو ادعى الحائز بأن صـفة حـيازته قـد تغيرت لأنه تلقى ملكية العين من شخص من الغـير يعـتقد أنه المالك لها ، ففي هذه الحالة يتعين أن يكون هذا السند مسجلا طبقا للقانون .

ويعتـبر تقديـر الأدلـة علـى تغيير سبب الحيازة من الأمور الموضوعية التي تفصل فيها محكمة الموضوع ، دون رقابة عليها في ذلك متى كان استخلاصها سائغا [١].

---

(١) المستشار محمد عبد اللطيف ص ٢٨٨ .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" تقديــر الأدلة في المنازعات الخاصة بتغيير صفة وضع اليد هــو مسألة موضوعية تفصل فيها محكمة الموضوع نهائيا ، وليس لمحكمة النقض والإبرام رقابة عليها في ذلك ".

(طعن رقم ٣٠ لسنة ١ ق جلسة ١٩٣١/١٢/٢٤)

(راجع أيضا : طعن رقم ٥٧٩ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٨١/٥/٦، ٤٧ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٤/١١/٧ منشورين بالبند السابق) .

مـــادة (٩٧٣)

تســـرى قواعد التقادم المسقط على التقادم المكسب فيما يتعلق بحســـاب المدة ووقف التقادم وانقطاعه والتمسك به أمام القضاء والتـــنازل عـــنه والاتفـــاق على تعديل المدة ، وذلك بالقدر الذى لاتـــتعارض فـــيه هـــذه القواعد مع طبيعة التقادم المكسب ، ومع مراعاة الأحكام الآتية :

الشـــرح

٢٠٠ـ إحالة إلى قواعد التقادم المسقط :

تحـــيل هذه المادة إلى قواعد التقادم المسقط في المسائل الواردة بهـــا ، بـــالقدر الذى لاتتعارض فيه هذه القواعد مع طبيعة التقادم المكسب ، وما ينص عليه القانون في المواد التالية .

وهذه المسائل هى :

١- حساب مدة التقادم .

٢- وقف التقادم .

٣- انقطاع التقادم .

٤- التمسك بالتقادم أمام القضاء .

٥- التنازل عن التقادم .

٦- الاتفاق على تعديل مدة التقادم .

وسنعرض لهذه المسائل على النحو التالى .

٢٠١ـ كيفية حساب مدة التقادم :

تنص المادة ٣٨٠ مدنى الواردة في التقادم المسقط والتى تسرى على التقادم المكسب عملا بالمادة ٩٧٣ مدنى على أن :

" تحسب مدة التقادم بالأيام لا بالساعات ولايحسب اليوم الأول ، وتكمل المدة بانقضاء آخر يوم فيها ".

فالـتقادم بداءة يحسب طبقا للتقويم الميلادى عملا بالمادة الثالثة مـن القـانون المدنـى[1] التى تجرى على أن : " تحسب المواعيد بالتقويم الميلادى ما لم ينص القانون على غير ذلك " .

وتحسب مدة التقادم بالأيام لا الساعات ، وذلك لأنه من المتعذر تعييـن السـاعة التى يبدأ فيها التقادم . ويتفرع على ذلك أن اليوم الأول لا يدخـل فـى الحساب لأنه بالضرورة و يوم ناقص . فإذا وضـع شخص يده فى ظهر يوم أول الشهر لايحسب هذا اليوم بل

---

(١) وكانـت المادة ٥١٧ من المشروع التمهيدى (المقابلة للمادة ٣٨٠ مدنى) تنص على أن" تحسب مدة التقادم بالتقويم الهجرى ... الخ ".
وكـان ذلك يتفق مع المعمول به فى القانون المدنى القديم ، حيث كانت تحسـب مـدة الـتقادم بالـتقويم الهجـرى ، وذلك مستمد من الشريعة الإسـلامية. وفى لجنة المراجعة اقترح إغفال الحساب بالتقويم الهجرى حـتى يكـون الحساب بالتاريخ الميلادى طبقا للقاعدة العامة التى نص علـيها فـى الباب التمهيدى فوافقت اللجّنة على ذلك (مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ٣٢٢ ومابعدها) .

تبـــتدئ المدة من يوم ٢ منه ويحسب اليوم ابتداء من منتصف الليل إلى منتصف الليل التالى .

ويدخل فى مدة التقادم اليوم الأخير كله .

فـــإذا كانت مدة التقادم قد بدأت فى أول يناير سنة ١٩٥٠ فإنها تنـــتهى بانتهاء يوم أول يناير سنة ١٩٦٥. ومادام أن المدة لاتكتمل إلا بانقضاء آخر يوم فيها فإنه إذا اتخذ إجراء لقطع التقادم فى هذا اليوم فإن الانقطاع يصح .

ويدخـــل فـــى حســـاب المدة ما يعرض أثنائها من أيام المواسم والأعـــياد والعطـــلات الرسمية التى يتعذر اتخاذ إجراء فيها لقطع التقادم .

غير أنه إذا كان اليوم الأخير من المدة هو أحد هذهَ الأيام ، فإن هـــذا يعتبر من قبيل المانع الذى يتعذر معه على المالك أن يطالب بحقـــه ، فـــيقف سريان التقادم فى هذا اليوم بالقوة القاهرة ، وبذلك تمتد المدة إلى اليوم التالى الذى يمكن أن يتخذ فيه إجراء القطع(١).

---

(١) السنهورى ص ١٣٩٤ – عبد المنعم الصده ص ٥٨٦ ومابعدها – محمد وحـــيد الديـــن سوار ص ٦٤٤ – وعكس ذلك عبد المنعم البدراوى ص ٥٠٠ – محمـــد كـــامل مرســـى ص ٢٧– محمد على عرفه ص ٢٧٦ فـــيرون أن الـــتقادم يـــتم بانتهاء اليوم الأخير من المدة حتى لو صادف وقوعـــه يـــوم عـــيد أو عطلـــة رسمية. ولا محل للقياس على مواعيد المـــرافعات ، فمواعيد التقادم من السعة والطول بحيث تمكن من تسرى ضده من المطالبة بحقه دون انتظار إلى آخر يوم .

وبهذا الرأى أخذت مذكرة المشروع التمهيدى إذ جاء بها :

"تحتسب مدد التقادم ، أيا كانت ، بالأيام لا بالساعات ، ويتفرع علـــى ذلك أن اليوم الأول لايدخل فى الحساب ، فى حين يدخل فيه مـــا يعـــرض خـــلال هذه المدة من أيام المواسم والأعياد . وينبغى لاستكمال مدة التقادم أن ينقضى آخر يوم فيها ، ولذلك يقع صحيحا ما يتخذ من الإجراءات بشأن التقادم فى هذا اليوم (كإجراءات قطع المـــدة مـــثلا) وإذا وقـــع آخر أيام المدة فى عطلة عيد أو موسم لايتيسر اتخاذ الإجراء فى خلالها ، كان ذلك من قبيل القوة القاهرة ووقف سريان التقادم "[١].

٢٠٢ـ بـدء سريان مدة التقادم بالنسبة إلى الحقوق المعلقة على شرط واقف أو المقترنة بأجل واقف :

رأيـــنا أن المـــادة ٩٧٣ مدنى تنص على سريان قواعد التقادم المســـقط على التقادم المكسب فيما يتعلق بحساب المدة ، ويدخل فى حساب المدة تحديد بدء سريانها .

وتنص المادة ٣٨١ مدنى الواردة فى التقادم المسقط على أنه :

" لايبدأ سريان التقادم فيما لم يرد فيه نص خاص إلا من اليوم الذى يصـــبح فـــيه الدين مستحق الأداء . ٢- وبخاصة لايسرى التقادم بالنســـبة إلـــى ديـــن معلق على شرط واقف ، إلا من الوقت الذى

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ ٣ ص ٣٢٥ .

يــتحقق فيه الشرط ، وبالنسبة إلى ضمان الاستحقاق إلا من الوقت الــذى يثبــت فــيه الاستحقاق ، وبالنسبة إلى الدين المؤجل إلا من الوقت الذى ينقضى فيه الأجل ".

وعلــى ذلك يبدأ سريان التقادم بالنسبة إلى الحق العينى المعلق علــى شــرط واقــف من وقت تحقق هذا الشرط . كما إذا أوصى شخص بعقار لآخر تحت شرط واقف ، فباع الوارث العقار وسلمه إلى المشترى الذى وضع يده عليه ، إذ فى هذه الحالة لايبدأ سريان التقادم المكسب لمصلحة المشترى وهو الحائز ضد الموصى له إلا عند تحقق الشرط، ذلك أن صاحب الحق المعلق على شرط ، وهو الموصــىله فى هذا المثل ، لايصبح حقه نافذا ، وبالتالى لايستطيع أن يــرفع الدعــوى العينية ، إلا من وقت تحقق الشرط . ففى فترة التعلــيق لم يكن له أن يرفع هذه الدعوى ، ولذلك لايسرى التقادم ضده خلال هذه الفترة . ولايعترض على هذا بأنه إذا تحقق الشرط الواقف استند أثره إلى وقت إبرام التصرف ، فيعتبر الحق موجودا من هذا الوقت ، وبذلك يسرى التقادم من وقت بدء الحيازة. ذلك أن الأثــر الــرجعى للشرط فكرة يأخذ بها الشارع فى ضوء ظروف الــتعاقد والنية المحتملة للمتعاقدين كى ينظم مصير التصرفات التى تصدر من أحدهما فيما يتعلق بالحق الوارد عليه التصرف كل فترة التعلــيق والحــال فــى موضوعنا لايتعلق بتصرف صدر من أحد

المتعاقديــن ، وإنمــا يــتعلق بتقادم لمصلحة شخص ثالث ضد من صدر له التصرف ، ولكنه لا يكون نافذا إلا من وقت تحقق الشرط، والعبرة فى بدء سريان التقادم بنفاذ الحق لا بوجوده. لأن النفاذ هو الــذى يجعــل لصاحب الحق أن يرفع الدعوى العينية . أما الحق العيــنى المعلق على شرط فاسخ فإن التقادم يبدأ سريانه بالنسبة إليه مــن وقت بدء الحيازة ، لأنه فى هذا الوقت يكون الحق نافذا ، فإذا اكــتمل الــتقادم قبل تحقق الشرط الفاسخ كسب الحائز الحق، وإذا تحقق الشرط الفاسخ قبل أن يكتمل التقادم زال الحق بأثر رجعى .

كذلــك يبدأ سريان التقادم بالنسبة إلى الحق العينى المؤجل من وقت حلول الأجل . ذلك أن صاحب هذا الحق لايصبح حقه نافذا ، وبالــتالى لايســتطيع أن يرفع الدعوى العينية ، إلا من وقت حلول الأجل[١] .

٢٠٣ـ بدء سريان التقادم بالنسبة إلى الحقوق الاحتمالية :

إذا كــان التقادم لا يبدأ بالنسبة إلى الحق المعلق على شرط أو المقــترن بأجل ، إلا من وقت تحقق الشرط أو وقت حلول الأجل ، أى مــن الوقــت الذى يصبح فيه الحق نافذا ، فأولى أن يكون ذلك

---

(١) عــبد المــنعم الصــده ص ٥٨٨ ومابعدهــا – السنهورى ص ١٣٩٦ ومابعدها– محمد وحيد الدين سوار ص ٦٤٥.

بالنسـبة إلى الحق الاحتمالى ، إذ أن صاحب الحق الاحتمالى ليس له أن يتخذ الإجراءات التحفظية للمحافظة على حقه ، ومن ثم فهو لايسـتطيع قطـع الـتقادم السارى ضده ، كما أن الحق الاحتمالى لايتصـل بذمـة صـاحبه إذ أنـه حق لا وجود له فى فترة الشك والاحـتمال وبالترتيـب علـى ذلك لايبدأ سريان التقادم فى العين الموصـى بها بالنسبة إلى الموصى له إلا من وقت موت الموصى. ففـى هـذا الوقـت فقـط يوجد حق الموصى له وينفذ إذ يستكمل عناصره الجوهرية (١).

٢٠٤ـ تأثير القوانين الجديدة الخاصة بالتقادم :

القـاعدة أنه ليس للقوانين أثر رجعى ، ولاتأثير لها فى الحقوق المكتسـبة . ولكن التقادم لايعتبر حقا مكتسبا إلا إذا تمت المدة التى يحمـيها القـانون ، وقـبل ذلك يكون مجرد أمل . فإذا صدر أثناء سريان المدة قانون جديد معدل لمقدار الزمن المطلوب ، فإن الزمن الجديـد هو الذى يطبق بالنسبة لمضى المدة السارى ، وليس الزمن الذى كان معينا له وقت ابتداء التقادم .

---

(١) السـنهورى ص ١٣٩٩ – محمـد على عرفه ص ٢٧٥ – عبد المنعم الصده ص ٥٨٩ ومابعدها .

ولذلك تنص الفقرة الأولى من المادة السابعة من التقنين المدنى الجديـد على أنه : " تسرى النصوص الجديدة المتعلقة بالتقادم من وقت العمل بها على كل تقادم لم يكتمل ".

وعلـى ذلـك إذا كانـت مدة التقادم قد اكتملت فى ظل القانون المدنـى القديـم طـبقا للتقويم الهجرى – الذى كان معمولا به قبل العمـل بالتقنيـن المدنـى الجديـد فإن الحائز يكتسب ملكية العين بالتقادم. أما إذا كان قد بدأ ولم يكتمل فى ظل التقنين القديم فإن مدة الـتقادم تحسـب مـن أولها وفقا للتقنين المدنى الجديد طبقا للتقويم الميلادى[1].

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" المـدة المكسـبة للملكـية – وعلـى ما جرى به قضاء هذه المحكمة– إذا ابتدأت تحت سلطان قانون قديم ولم تتم ثم جاء قانون جديـد فعـدل شروطها أو مدتها فالقانون الجديد هو الذى يسرى ، وتدخـل المـدة التى انقضت تحت سلطان القانون القديم فى حساب المـدة الـتى قررها القانون الجديد ، وذلك وفقا لما جرى به نص

---

(١) محمد كامل مرسى ص ٣٠ ومابعدها – السنهورى ص ١٣٩٥ وهامش (١) .

الفقرة الأولى من المادة السابعة من القانون المدنى الحالى المعمول بـــه ابـــتداء من ١٩٤٩/١٠/١٥ من أن " تسرى النصوص الجديدة المتعلقة بالتقادم من وقت العمل بها على كل تقادم لم يكتمل " .

(طعن رقم ١٤٩٩ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٣/٣/١٦)

التمسك بالتقادم أمام القضاء :

٢٠٥ـ وجوب التمسك بالتقادم :

تـــنص الفقـــرة الأولى من المادة ٣٨٧ مدنى الواردة فى التقادم المســـقط على أن : " لايجوز للمحكمة أن تقضى بالتقادم من تلقاء نفسها ، بل يجب أن يكون ذلك بناء على طلب المدين أو بناء على طلب دائنيه أو أى شخص له مصلحة فيه ولو لم يتمسك به المدين".

وعلـــى ذلـــك فإنه يجب على صاحب الشأن التمسك بالتقادم ، ولايجـــوز للمحكمـــة أن تقضى به من تلقاء نفسها ، فهو لا يتعلق بالـــنظام العـــام لأنه وإن كان مبنيا على اعتبارات متعلقة بالصالح العـــام لضـــمان الأوضاع المستقرة ، إلا أن مرده ضمير الشخص ووجدانـــه ، فقـــد يأبى المدين أن يجحد الحق أو ينكره ، فلا يدفع بالتقادم لأنه يجد فيه مخالفة للشرف أو الذمة . وفضلا عن ذلك فإن التقادم من شأنه أن يثير وقائع كثيرة لايتيسر للقاضى أن يستخلصها

من تلقاء نفسه من واقع الأوراق والمستندات ، ولذلك علق المشرع تمام التقادم على وجوب التمسك به أمام القضاء [١].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إن التقادم فى المسائل المدنية ليس من النظام العام ، فعلى مدعـــى التملك بوضع اليد إذا أراد ضم مدة سلفه إلى مدته أن يبدى هــذا الطلــب أمام محكمة الموضوع . ويثبت أن سلفه كان حائزا حـــيازة توافرت فيها الشروط القانونية من ظهور واستمرار وهدوء ولــم يطرأ عليها انقطاع أو إقرار الخ ، أما التمسك بذلك لأول مرة أمام محكمة النقض فغير جائز ".

(طعن رقم ٢٤ لسنة ١٤ ق جلسة ١٩٤٥/١/١١)

٢- " الدفع بالتقادم لايتعلق بالنظام العام وينبغى التمسك به أمام محكمـــة الموضـــوع فى عبارة واضحة لاتحتمل الإبهام . ولايغنى عن ذلك طلب الحكم برفض الدعوى كما لايغنى عنه التمسك بنوع آخر من أنواع التقادم لأن لكل تقادم شروطه وأحكامه " .

(طعن رقم ٥٣١ لسنة ٢٦ ق جلسة ١٩٦٢/٥/٢٤)

٣- " يتعيـــن علـــى ما جرى به قضاء هذه المحكمة لاكتساب الملكـــية بالـــتقادم أن يتمسك به صاحب الشأن فى اكتسابها بعبارة

---

(١) السنهورى ص ١٤٥٣- المستشار محمد عبد اللطيف ص ٤٨ ومابعدها.

واضــحة لاتحتمل الإبهام وأن يبين نوع التقادم الذى يتمسك به لأن لكل تقادم شروطه وأحكامه " .

(طعن رقم ١٦٥٢ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٥/١/٢٠)

٤- " مفـاد المادتين ٩٦٨ ، ٢/٣٨٨ من القانون المدنى أن أثر الـتقادم باكتســاب الحائز ملكية الشىء أو الحق محل الحيازة لايقع تلقائــيا بقوة القانون ، وإنما يتوقف قيام هذا الأثر على إرادة الحائز فإن شاء تمسك به وإن شاء تنازل عنه صراحة أو ضمنا " .

(طعنان رقما ١٧٨٣، ١٩٦٥ لسنة ٥٢ ق جلسة ١٩٨٦/٥/٢٩)

٢٠٦- كيفية التمسك بالتقادم :

يجوز للحائز رفع الدعوى بطلب تثبيت ملكيته استنادا إلى تملكه العين بوضع اليد المدة الطويلة ، فيكون التقادم هو سند دعواه .

ويجــوز للمدعــى علــيه فى دعوى الحق دفع دعوى المدعى باكتسابه ملكية العين بالتقادم بطريق الدفع .

ويجــب إبداء الدفع بالتقادم فى عبارة واضحة لاتحتمل الإبهام وأن يبين نوع التقادم المتمسك به لأن لكل تقادم شروط وأحكام .

فــلا يصلح دفعا بالتقادم قول المدعى عليه في مذكرته الختامية بأنه يطلب رفض الدعوى " بناء على جميع الدفوع بعدم القبول" أو قــول المدعى عليه أنه " يدهش من تأخر الدائن في رفع دعوى" ، لأن هذه العبارات الغامضة لاتصلح أساسا للدفع بالتقادم[١] .

---

(١) المستشار محمد عبد اللطيف ص ٥٠ .

ولايجوز التمسك بالتقادم ، دون تعيين مدته ، أو التمسك بالتقادم بمدة أخرى غير المدة المقررة ، إذ لا يجوز للمحكمة في هذه الحالة أن تبحث عن نوع التقادم المنطبق والقضاء به [١].

(راجع نقض طعن رقم ٥٣١ لسنة ٢٦ ق جلسة ١٩٦٢/٥/٢٤ المنشور بالبند السابق)

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " الدفع بالتقادم لايتعلق بالنظام العام وينبغى التمسك به أمام محكمـــة الموضـــوع في عبارة واضحة لاتحتمل الإبهام . ولايغنى عن ذلك طلب الحكم برفض الدعوى كما لايغنى عنه التمسك بنوع آخر من أنواع التقادم لأن لكل تقادم شروطه وأحكامه".

(طعن رقم ٥٣١ لسنة ٢٦ ق جلسة ١٩٦٢/٥/٢٤)

---

(١) الدكـــتور محمــــد كامل مرسى الملكية والحقوق العينية الجزء الخامس الـــتقادم أو مضى المدة ١٣٦١ هـــ - ١٩٤٢ ص ١٩- السنهورى ص ١٤٥٣ ومابعدهـــا - وعكـــس ذلـــك عبد المنعم البدراوى ص ٥٤٠ - المستشـــار محمـــد عـــبد اللطيف ص٥٢ ومابعدها ، فيريان أنه إذا دفع المديـــن بالـــتقادم الخمسى ، فإنه يعتبر متمسكا ضمنا وبصفة احتياطية بالتقادم الطويل في حالة عدم توافر شروط التقادم الخمسى ، وعلى ذلك يتعيـــن على القاضى أن يبحث - من غير طلب خاص- فيما إذا كانت مدة التقادم الطويل تمت أم لا .

٢- " يتعيـــن علـــى ما جرى به قضاء هذه المحكمة لاكتساب الملكـــية بالـــتقادم أن يتمسك به صاحب الشأن في اكتسابها بعبارة واضـــحة لاتحتمل الإبهام ولن يبين نوع التقادم الذى يتمسك به لأن لكل تقادم شروطه وأحكامه " .

(طعن رقم ١٦٥٢ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٥/١/٢٠)

ويجب التمسك بالتقادم أمام محكمة الموضوع فلا يكفى التمسك بـــه فـــي أثناء محاولات الصلح أو التوفيق أو في محاضر أعمال الخبير [1].

٢٠٧- الدفع بالتقادم يجوز إبداؤه في أية حالة كانت عليها الدعوى :

تـــنص الفقرة الثانية من المادة ٣٨٧ مدنى على أنه : " ويجوز التمسك بالتقادم في أية حالة كانت عليها الدعوى ولو أمام المحكمة الاســـتئنافية " فـــيجوز إبداء الدفع بالتقادم في أية حالة كانت عليها الدعـــوى . فللخصـــم التمســـك به منذ البداية ، وقبل إبداء أى دفع شكلى أو موضوعى ، وله أن يؤخره إلى ما بعد إبداء هذه الدفوع طالمـــا لم يقفل باب المرافعة في الدعوى . مالم تستخلص المحكمة مـــن تأخيره في إبداء الدفع نزولا منه عنه . وعدم إبداء الدفع أمام

---

(١) منصـــور مصـــطفى منصـــور ص ٤٣٠ – الســـنهورى ص ١٤٥٣- المستشار محمد عبد اللطيف ص ٤٩ .

محكمة أول درجة لا يحرم الخصم من التمسك به أمام محكمة ثانى درجـــة ، مـــا لم يثبت تنازله عنه وإذا تمسك الخصم بالتقادم أمام محكمة أول درجة فقضت له بذلك ، فحسبه أمام محكمة الاستئناف أن يطلب تأييد الحكم المستأنف حتى يعتبر متمسكا بالتقادم أمام هذه المحكمة . أما إذا تمسك بالتقادم أمام محكمة أول درجة ولكنه كسب الدعـــوى دون نظر إلى التقادم فإنه لايكفى في الاستئناف أن يطلب تأييد الحكم المستأنف ، بل لابد له من التمسك بالتقادم من جديد [١].

مـــع ملاحظة أن جواز التمسك بالتقادم في أية حالة كانت عليها الدعـــوى مشـــروط بألا تدل الظروف على أن الحائز قد نزل عن التقادم [٢].

ولايعتـــبر مجرد سكوت الخصم عن التمسك بالدفع أمام محكمة أول درجـــة تـــنازلا منه عنه ، فقد يكون جاهلا وجود التقادم أو قد يكون مبقيا التمسك به في النهاية إذا لم تنجح أوجه دفاعه الأخرى ، وخصوصا أن الدفع به قد لا يرتضيه ضمير كل إنسان [٣].

---

(١) السنهورى ص ١٤٥٣– المستشار محمد عبد اللطيف ص ٥١ .

(٢) منصـــور مصطفى منصور ص ٤٣٠ – المستشار محمد عبـــد اللطيف ص ٥١ .

(٣) محمد كامل مرسى ص ٢٢ .

٢٠٨ـ عـدم جـواز التمسـك بالتقادم لأول مرة أمام محكمة النقض :

وإن كان يجوز الدفع بالتقادم في الاستئناف فإنه لايجوز إثارته لأول مــرة أمام محكمة النقض ، لأن محكمة النقض لاتستطيع أن تــنظر أوجهــا جديــدة لم يسبق الدفع بها أمام محكمة الموضوع ، ولــيس الدفع بالتقادم متعلقا بالنظام العام حتى يجوز لمحكمة النقض أن تقضى به من تلقاء نفسها (١).

علــى أنــه إذا نقضت هذه المحكمة الحكم وأحالت الدعوى إلى محكمــة الاســتئناف للفصــل فــيها من جديد ، فحكم النقض يعيد الخصــومة إلى ما كانت عليه قبل صدور الحكم المنقوض ، ويعيد الخصوم إلى مراكزهم الأولى كذلك ، ومن ثم يصح التمسك بالتقادم لأول مــرة أمام المحكمة المحال إليها الدعوى ، ما لم يكن صاحب الشأن قد أتى فعلا أو عملا يفيد التنازل عنه ضمنا (٢).

---

(١) محمــد كــامل مرســى ص ٢٢ ومابعدها – السنهورى ص ١٤٥٧– المستشار محمد عبد اللطيف ص ٥١ ومابعدها .

(٢) منصــور مصطفى منصــور ص ٤٣٠ – المستشار محمد عبد اللطيف ص ٨٥ .

٢٠٩ـ ممن يحصل التمسك بالتقادم ؟

تـنص الفقـرة الأولى من المادة ٣٨٧ مدنى على أنه " لايجوز للمحكمة أن تقضى بالتقادم من تلقاء نفسها ، بل يجب أن يكون بناء علـى طلـب المديـن أو بـناء على طلب دائنيه أو أى شخص له مصلحة فيه ولو لم يتمسك به المدين " .

فالأصـل أن الحائز هو الذى يتمسك بالتقادم ، ويجوز بداهة أن يتمسـك بـه خلفـه سواء كان الخلف عاما أو خاصا فعن طريق التمسك بالدفع يستطيع الخلف ضم مدة حيازة سلفه إلى مدة حيازته، وذلك ما لم يكن الحائز قد تنازل عن التمسك به [1].

ويجـوز لدائـن الحائز التمسك بالتقادم – طبقا لصريح النص ويكـون تمسك الدائن بالتقادم بالدعوى غير المباشرة ، وذلك خلافا للقواعـد العامـة ، ذلك أن التمسك بالتقادم رخصة للحائز كما أنه يتصل بشخص الحائز اتصالا وثيقا لتعلقه بالضمير .

كمـا يجوز لكل ذى مصلحة التمسك بالتقادم ، ومن هؤلاء من تصـرف للحائـز فـي الحق الذى يحوزه ذلك حتى يتفادى رجوع الحائز عليه بضمان الاستحقاق [2].

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ٥٤٠ ومابعدها .

(٢) منصور مصطفى منصور ص ٤٣٠ – السنهورى ص ١٤٥ ومابعدها .

بل يجوز للدائن إذا تنازل الحائز عن التمسك بالتقادم أن يطعن فـــي هـــذا النزول بالدعوى البوليصية وفقا للفقرة الثانية من المادة ٣٨٨ مدنـــى [١]، حتى إذا نجح في طعنه عمد بعد ذلك إلى التمسك بالتقادم نيابة عن الحائز .

النزول عن التقادم المكسب :

٢١٠ـ النص القانوني :

المادة ٣٨٨ مدنى (الـواردة في التقادم المسقط) :

" لايجوز النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه ، كما لايجوز الاتفـــاق علـــى أن يتم التقادم في مدة تختلف عن المدة التى عينها القانون .

٢- وإنما يجوز لكل شخص يملك التصرف في حقوقه أن ينزل ولـــو ضـــمنا عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه ، على أن هذا النزول لاينفذ في حق الدائنين إذا صدر إضرارا بهم ".

٢١١ـ (أ) النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه :

لايجوز بصريح نص الفقرة الأولى من المادة ٣٨٨ النزول عن الـــتقادم قبل ثبوت الحق فيه . ولايثبت الحق في التقادم إلا باكتمال مدة التقادم .

ومن ثم إذا حصل هذا التنازل كان باطلا ، ولايرتب ثمة أثر.

---

(١) السنهورى ص ١٤٥٦ .

والعلــة فــي ذلك أن التقادم متعلق بالنظام العام من حيث كونه وســيلة مــن وسائل الأمن الاجتماعى والاقتصادى لاتستقر بدونه المعاملات ، فإذ أجيز النزول عنه قبل ثبوت الحق فيه ، أصبح في ميســور كل دائن أن يجبر مدينه على النزول عنه مقدماً ، وبالتالى يصــبح الــتقادم مستحيل التطبيق عملا ، وهذا يتعارض مع حكمة التقادم التى تقضى بوضع حد زمنى لاستعمال الحقوق والدعاوى.

والنزول مقدما عن التقادم المكسب ، نادر الوقوع عملا ، ومن الحالات التى يمكن تصور وقوعه فيها أن يعترف الحائز بأن وضع يده يقوم على سبب عرضى ثم يتعهد في الوقت نفسه بعدم التمسك مستقبلا بالتقادم المكسب حتى ولو تغير سبب وضع يده [1].

والمقصــود بالتنازل السابق المحرم قانونا هو التنازل الصادر للخصم قبل اكتمال مدة التقادم، سواء حصل قبل سريان مدة التقادم ، كما هو الحال في الالتزامات الشرطية أو الأجلية إذ لايصح النزول مقدما عن التقادم قبل تحقق الشرط أو حلول الأجل ، لأن تقادم مثل هــذا الالتزام لايبدأ في السريان إلا من اليوم الذى يصبح فيه الدين واجب الأداء أو حصل أثناء مدة سريانه .

---

(١) المستشار محمد عبد اللطيف ص ٧١ ومابعدها .

غـير أن هـذا التنازل الذى يحصل مقدما يعتبر اعترافا بالدين قاطعا للتقادم [١].

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" الـنص في الفقرة الأولى من المادة ٣٨٨ من القانون المدنى علـى أنـه : " لايجوز النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه ..." يـدل على أن كل اتفاق يتعهد بمقتضاه المدين بعدم التمسك بالتقادم يقع باطلا متى تم هذا الاتفاق قبل انقضاء مدته ، وأنه لايجوز ترك مبدأ سريان التقادم لاتفاق يعقد بين الدائن والمدين " .

(طعن رقم ١٤ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٧٩/١/٩)

٢١٢- إجازة الـنزول عـن المدة التى انقضت في تقادم لم يكتمل :

لئـن كـان – كمـا رأينا سلفا – أنه لايجوز قانونا النزول عن الـتقادم قـبل ثبوت الحق فيه، إلا أنه يجوز النزول عن المدة التى انقضـت فـي تقـادم لم يكتمل . وهذا النوع من النزول إنما يقطع التقادم باعتباره إقرارا من المدين بحق الدائن يترتب عليه زوال كل أثر للمدة السابقة وسريان تقادم جديد في الحال [٢].

---

(١) محمد كامل مرسى في الجزء الخامس ص ٣٧ .

(٢) السنهورى ص ١٤٦٤ – المستشار محمد عبد اللطيف ص ٧٣- محمد وحيد الدين سوار ص ٦٨٢ .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" لا يجـوز قانونـا الـنزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه، ولايثبـت هذا الحق إلا باكتمال مدة التقادم ، إنما يجوز النزول عن المـدة التى انقضت في تقادم لم يكتمل وهذا النوع من النزول إنما يقطع التقادم على أساس اعتباره إقرارا من المدين بحق الدائن".

(طعن رقم ٥٧٧ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٩/١/٣)

٢١٣ ـ التنازل عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه :

أجـازت الفقرة الثانية من المادة ٣٨٨ التنازل ولو ضمنا عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه .

فقـد أجـاز النص التنازل بعد ثبوت الحق فيه ، لأنه لايترتب عليه أى ضرر للمجتمع لأنه لايتعارض إلا مع المصلحة الخاصة، فالحائز حر في أن يتنازل عن الحق الذى اكتسبه بالتقادم ، إذ كان طـريق الاكتسـاب هذا لايرتضيه ضميره ، وذلك بخلاف التنازل مقدمـا عـن الـتقادم ، فـإن القـانون لم يجزه مراعاة للمصلحة الاجتماعـية ، لأن إجازتـه تشـجع الإهمـال والتهاون من جانب أصـحاب الحقـوق ، فتتعارض مع الغرض الذى شرع التقادم من أجله[١].

---

(١) محمد كامل مرسى ص ٤١ .

ونـــزول الحائـــز تصرف قانونى من جانب واحد لايحتاج إلى قبول.

ويجـــوز أن يصـــدر التنازل من شخص معنوى ، بواسطة من يمثله .

ولايخضع التنازل لأى شرط خاص بالشكل .

وقد يكون التنازل صريحا أو ضمنيا .

وينشـــأ التـــنازل الصريح بإظهار الإرادة شفاهة أو كتابة ، فلا يتحـــتم أن يكون التنازل بسند يثبته وإثبات التنازل الصريح يحصل وفقـــا للقواعـــد العامة ، فيجوز إثباته بشهادة الشهود إذا كانت قيمة العيـــن لاتجـــاوز خمسمائة جنيه ، وبالكتابة أو بما يقوم مقامها إذا زادت على هذه القيمة .

وقد يكون التنازل منجزا أو شرطيا [١].

أما التنازل الضمنى، فيشترط في الوقائع أو الأفعال التى يستدل مـــنها عليه أن تكون واضحة لايشوبها أى لبس أو غموض ، وألا تحتمل التفسير أو التأويل، لأن التنازل لايمكن أن يفترض بل يجوز فقط استنتاجه من الوقائع الثابتة في الدعوى [٢].

---

(١) محمد كامل مرسى ص ٤٣ - المستشار محمد عبد اللطيف ص ٨٠ .

(٢) المستشار محمد عبد اللطيف ص ٨١ ومابعدها- السنهورى ص ١٤٦٠ - رمضان أبو السعود ص ٢٧٢ .

ومن أمثلة النزول الضمنى عن التقادم المكسب .

١- الوعد الصادر من الحائز بأن يقدم للمالك حسابا عن الأعيان التى يضع اليد عليها والاتفاق بين مدعى الاستحقاق وواضع السيد علـى تسوية النزاع بينهما طبقا للثابت من العقود دون أى اعتبار لوضع اليد .

٢- أن يستأجر الحائز الشىء الذى يضع اليد عليه من المالك الحقيقى أو أن يتخلى واضع اليد عن حيازته للمالك ، أو يظهر الحائز رغبته في شراء الشىء الذى يضع اليد عليه .

٣- أن يرفع الشريك دعوى يطلب فيها قسمة الأعيان المشتركة، فإن هذا الطلب يمنعه من التمسك باكتساب ملكية الأعيان بالتقادم[١].

٤- إغفال الحائز الدفع بالتقادم عمدا بحيث يفهم من موقفه أنه لايريد الالتجاء إلى هذا الدفع.

ولكن ليس من الضرورى أن يستخلص من تأخير الدفع بالتقادم أن الحائز قد نزل عنه .

فقد رأينا أنه يجوز إبداء الدفع بالتقادم في أية حالة كانت عليها الدعوى ولو أمام محكمة الاستئناف ، ما لم يستخلص من ظروف تأخير الدفع النزول عنه[٢] .

---

(١) المستشار محمد عبد اللطيف ص ٨٢ ومابعدها .

(٢) السنهورى ص ١٤٦٠- عبد المنعم الصده ص ٦٦٠ ومابعدها .

ولقاضي الموضوع السلطة المطلقة في أن يستخلص من وقائع الدعــوى ومــن كافة الظروف والملابسات المحيطة بها ما يصح اعتــباره نــزولا عن التمسك بالتقادم . على أن يكون استخلاصه سائغا .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إذا دفع المدعى عليه دعوى تثبيت الملكية بتملكه الأرض المتنازع عليها بوضع اليد خمس سنوات بسبب صحيح وبحسن نية، وقضت المحكمة للمدعي بتثبيت الملكية بناء على ما استخلصته من اعتراف المدعى عليه بعد تكامل مدة التقادم في أوراق صادرة منه بملكــية المدعــى ، فقيام الحكم على هذا الاعتراف يغنيه عن الرد علــى الدفع بالتقادم ، إذ هذا الاعتراف هو بمثابة التنازل عن الحق فــي التملك بالتقادم ، ومثل هذا التنازل ينتج أثره سواء أكان التقادم طويلا أم كان قصيرا ، وفقا للمادة ٨٠ من القانون المدني " .

(طعن رقم ٦٣ لسنة ١٥ ق جلسة ١٩٤٦/٤/١١)

٢- " اســتخلاص النزول عن التقادم المسقط بعد ثبوت الحق فــيه مما يدخل في سلطة قاضي الموضوع ولا معقب عليه في ذلك من محكمة النقض متى كان هذا الاستخلاص سائغا فإذا كان الحكم المطعون فيه قد استخلص أن سكوت المطعون عليه عن إبداء الدفع

بالـــتقادم وقـــت توقيع الحجز تحت يده لايفيد النزول عن حقه في التمســـك بالـــتقادم فإن هذا الاستخلاص سائغ لا مخالفة فيه للقانون ولاتكـــون مجادلـــة الطاعن في هذا الخصوص إلا جدلا موضوعيا لاتجوز إثارته أمام محكمة النقض " .

(طعن رقم ٧٩ لسنة ٢٧ ق جلسة ١٩٦٢/١٢/١٣)

٣- " ... ولمـــا كانت المادة ٣٨٧ من القانون المدنى بما تنص عليه من أنه لايجوز للمحكمة أن تقضى بالتقادم من تلقاء نفسها بل يجـــب التمســـك به من كل ذى مصلحة ، قد أتت بحكم عام ودلت علـــى أن التقادم لايعتبر متعلقا بالنظام العام وكان لم يصدر تشريع علـــى خلاف هذا الأصل فإن الطاعنة (وزارة المالية) إذ لم تتمسك بالـــتقادم أمـــام محكمة موضوع فلا يصح لها – سواء كان تكييف المـــبلغ المطالـــب به بأنه تعويض أو مرتب – أن تتمسك بالتقادم لأول مرة أمام محكمة النقض " .

(طعن رقم ٢٥ لسنة ٢٧ ق جلسة ١٩٦٢/١١/٢٩)

٤- " لمـــا كـــان استخلاص النزول عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه . وإن كان مما يدخل في سلطة محكمة الموضوع، إلا أنه يتعين أن يكـــون الاستخلاص سائغا ومقاما على أسباب من شأنها أن تفيد هـــذا الـــنزول على سبيل الجزم واليقين . لما كان ذلك وكان الحكم

المطعــون فيه قد أقام قضاءه بنزول الطاعنة عن التقادم على أنها "أقــرت بحــق المستأنفين – المطعون عليهم – كبائعين أو كمالكين للعقــار المبيع على خلاف ما تدعى من أنها تملكته بوضع اليد بنية التملك إذ أنها تقر في الخطاب المؤرخ ١٩٧٥/٣/١١ الصادر منها ... باســتعدادها للوفــاء بــباقى الثمــن فورا بعد تقديم المستأنفين المســتندات ... وفــى هذا ما مفاده إقرارها بأن الملكية للمستأنفين وأنهــا لاتجابههم بملكيتها التى تدعيها ، بل تقر بالتزامها بدفع باقى الثمــن وتســلم لهم بالملكية وتناقش مجرد استحقاق الثمن أو عدم اســتحقاقه مــع استعدادها للوفاء به فور تقديم المستندات ... وهذا الخطــاب مــع افتراض توافر شرائط وضع اليد المدة الطويلة يدل على تنازلها عن مدة التقادم ... مما يمتنع معه عليها بغير مدة جديدة العــودة للمجادلة في ملكيتها على أساس التقادم الذى تنازلت عنه"، وكــان هذا الذى أورده الحكم المطعون فيه عن كتاب الطاعنة إلى المطعون عليهم لايفيد بذاته على سبيل الجزم واليقين معنى التنازل عن مدة التقادم التى تمسكت بها بشأن وضع يدها على عين النزاع بنــية الــتملك . ذلك أن البين من تلك العبارات أنها عرضت لباقى

الثمن دون تعرض لملكية الأرض محل النزاع والتزام الطاعنة بدفع باقى ثمن تلك الأرض حتى إن سقط الحق في المطالبة به فإنه يبقى فـــي ذمتها باقى ثمن تلك الأرض حتى إن سقط الحق في المطالبة بســـبب آخر . لما كان ما تقدم ، وكان وضع اليد على العقار المدة الطويلة ، متى توافرت فيه الشرائط القانونية فإنه- وعلى ما جرى بـــه قضاء هذه المحكمة – يعد بذاته سببا لكسب الملكية مستقلا عن غـــيره مـــن أسباب اكتسابها ، وإذ حجب الحكم نفسه عن بحث ما تمســـكت بـــه الطاعنة من تملكها الأرض محل النزاع بوضع اليد المـــدة الطويلـــة المكسبة للملكية وهو دفاع جوهرى يتغير به وجه الـــرأى في الدعوى ، فإن الحكم المطعون فيه يكون قد شابه الفساد في الاستدلال والقصور في التسبيب مما يستوجب نقضه " .

(طعن رقم ٩٦٦ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨٤/٥/١٦)

٥- " إنه وإن كان من الجائز حمل عدم التمسك بالتقادم محمل النزول الضمنى عنه وفقا للظروف ، إلا أنه يشترط لصحة ذلك أن يكـــون الاستخلاص مستمدامن دلالة واقعية ، نافية لمشيئة المتمسك به وإذ كان استخلاص النزول الضمنى عن التقادم بعد ثبوت الحق

فــيه مما يستقل به قاضى الموضوع دون معقب عليه في ذلك من محكمـــة النقض مادام استخلاصه سائغا ، فإن ما يثيره الطاعن في هذا الخصوص لايعدو أن يكون جدلا موضوعيا لاتجوز إثارته أمام محكمـــة الـــنقض ، ويكون النعى على الحكم بهذا السبب على غير أساس ".

(طعن رقم ٩٤سنة ٣٧ جلسة ١٩٧٢/٢/١٧)

وطلـــب نـــدب خبير بصفة احتياطية لايعد إقرارا ضمنيا بالحق ويدل بمجرده على نفى مشيئة الخصم في التمسك بالتقادم.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"طلـــب نـــدب خبير بصفة احتياطية لايعد إقرارا ضمنيا بالحق بالمعـــنى الـــذى يتطلـــبه القانون ولايدل بمفرده على نفى مشيئة – الخصم– في التمسك بالتقادم " .

(طعن رقم ١٢٣ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٤/٢/٢٦)

٢١٤ـ أهلية النزول عن التقادم :

تنص الفقرة الثانية من المادة ٣٨٨ مدنى على أن : وإنما يجوز لكـــل شـــخص يملك التصرف في حقوقه أن ينزل ولو ضمنا عن التقادم ... الخ " . غير أنه ورد بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"... ويعتـــبر التـــنازل بمـــنزلة التبرع وإن لم تنطو فيه حقيقة الإقـــار . ويتفرع على ذلك وجوب توافر أهلية التبرع فيمن يصدر منه التنازل .... الخ "[١].

وبذلـــك يكون قد وقع تعارض بين النص ومذكرته الإيضاحية ، فبينما تشترط المادة أهلية التصرف للتنازل عن التقادم ، إذ بالمذكرة الإيضـــاحية تشترط أهلية التبرع . وإذ تعارض النص الصريح مع المذكرة الإيضاحية ، فإنه يجب الأخذ بالنص الصريح .

ولذا فإن الأهلية اللازمة للتنازل عن التقادم هى أهلية التصرف. وتثبـــت أهلـــية التصـــرف لكل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواة العقلـــية، ولـــم يحجز عليه . وسن الرشد هى إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة (مادة ٤٤ مدنى) .

ويترتب على ذلك أن الصغير والمحجور عليه لايستطيع أحدهما النزول عن حقه في التمسك بالتقادم . ولايستطيع الوصى أو القيم الـــنزول عـــن حق الصغير أو المحجور عليه في التمسك بالتقادم المكسب من غير إذن المحكمة .

وقـــد أخذ المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بالولاية على الحال بما تقدم فنص في المادة ١٣/٣٩ منه على أن للوصى سلطة التنازل عن الحقوق والدعاوى وقبول الأحكام القابلة للطعون العادية

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ٣ ص ٣٤٥ .

والتنازل عن هذه الطعون بعد رفعها ورفع الطعون غير العادية في الأحكام وذلك بعد الحصول على إذن من المحكمة .

وقالت المذكرة الإيضاحية لهذا القانون بأنه " يقصد بالحقوق في تطبيق هذا النص معناها الأعم فيدخل فيها الشفعة وحق الطعن في الأحكام والتمسك بالتقادم أو بضرورة الإثبات بالكتابة " .

ويتعين على الوصى أو القيم الحصول على إذن من الجهة المختصة في حالة النزول الضمنى عن التقادم ، إذ من واجبه أن يطلع هذه الجهة بأوجه الدفاع التى تفيد معنى التنازل الصريح أو الضمنيحتى تحاط علما بذلك ، ولها أن تقره أولا تقره على خطته في الدفاع(١) .

ولايجوز للوكيل العام التنازل عن التقادم الذى تم لمصلحة موكله إلا بتفويض خاص من الموكل ، لأن الوكالة الواردة في ألفاظ عامة لاتخول للوكيل صفة إلا في أعمال الإدارة ، وعلى ذلك فلا يجوز له أن يباشر باسم موكله أى عمل من أعمال التصرف إلا إذا كان مأذونا له بذلك بتوكيل خاص (٢).

---

(١) المستشار محمد عبد اللطيف ص ٩٢ ومابعدها .
(٢) المستشار محمد عبد اللطيف ص ٩٣ – الدكتور محمد كامل مرسى ص ٥٢ ومابعدها .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إذ كـــان مقتضـــى نص المادة ٢/٣٨٨ من القانون المدنى أنه لايجــوز التنازل ولو ضمنا عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه إلا من شـــخص يملـــك التصرف في حقوقه، وكان الحكم المطعون فيه لم يواجـــه دفاع الطاعنين بمذكرتهم المقدمة لمحكمة الاستئناف من أن الطاعـــنة الأولى بصفتها وصية على القصر منهم لاتستطيع النزول عن حقوقهم في التمسك بالتقادم إلا بإذن محكمة الأحوال الشخصية وهو دفاع جوهرى قد يتغير به وجه الرأى في الدعوى ، إذ كان ما سلف فإن الحكم يكون معيبا بالقصور " .

(طعن رقم ٢٦١ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٨/١/١٠)

٢١٥ـ هل يجب شهر التنازل عن التقادم ؟

يذهـــب الفقـــه إلـــى أن القانون وإن اشترط أهلية التصرف في التـــنازل عـــن الـــتقادم ، إلا أن التـــنازل لا يعتبر عملا من أعمال التصـــرف ، فهـــو لايرد على حق في ذمة الحائز ، إذ أن الحائز لايكســـب الحـــق الذى يحوزه إلا إذا تمسك بالتقادم ، بل يرد على وســـيلة هـــيأها القـــانون للحائز يستطيع بها أن يكسب الحق . فهو بمـــثابة رفض من جانب الحائز للاستفادة من وسيلة خوله القانون إياهـــا لكســـب الحق الذى يحوزه . وبعبارة أخرى هو ترك الحائز

لرخصـــة التمســك بالتقادم . ويترتب على ذلك أن النزول لايجب شهره إذا كانت الحيازة واردة على عقار [١].

٢١٦ ـ عدم نفاذ النزول في حق الدائنين :

تنص الفقرة الثانية من المادة ٣٨٨ مدنى في عجزها على أن : " علـــى أن هـــذا النزول لاينفذ في حق الدائنين إذا صدر إضرارا بهم".

وبمقتضى هذا النص يجوز لدائنى الحائز أن يطعنوا فى نزوله عــن الــتقادم بعد ثبوت حقه فيه بطريق الدعوى البوليصية . وهى دعــوى عـــدم نفـــاذ التصرف . ولولا النص لما جاز هذا الطعن للدائنيــن . فقد خرج القانون هنا على قواعد الدعوى البوليصية كما خرج على قواعد الدعوى غير المباشرة حينما خول للدائنين التمسك بالتقادم نيابة عن الحائز . ذلك أن القاعدة في الدعوى البوليصية أن التصـــرف الـــذى يجـــوز الطعـــن فيه هو التصرف المفقر ، أى التصـــرف الـــذى ينقص من حقوق المدين أو يزيد في التزاماته (م ٢٣٧ مدنى) . والنزول عن التقادم ليس تصرفا مفقرا بهذا المعنى، لأنه لاينقص حقا ثبت في ذمة الحائز حيث لايكسب الحائز الحق إلا إذا تمسك بالتقادم ، وإنما هو يحول دون زيادة حقوق الحائز ، فهو يعنى أن الحائز يمتنع عن زيادة حقوقه ، أى يرفض الاغتناء .

---

(١) عبد المنعم الصده ص ٦٦١ – رمضان أبو السعود ص ٤٧٣ .

علـــى أن هذه هى المسألة الوحيدة التى خرج فيها القانون على قواعــد الدعوى البوليصية في هذا الخصوص . فالشروط الأخرى لهذه الدعوى يجب أن تتوافر حتى يجوز للدائنين الطعن في النزول الصادر من الحائز. ومن ثم يجب لجواز هذا الطعن أن يكون نزول الحائز سببا في إعساره أو زيادة إعساره (م٢٣٧ مدنى). وإذا كان الـــنزول فـــي مقام عمل من أعمال التصرف ، فإنه يجب كذلك أن يكـــون منطويا على غش من الحائز وأن يكون صاحب الحق الذى صــــدر النزول لمصلحته على علم بهذا الغش . ويكفى في ذلك أن يكون النزول قد صدر من الحائز وهو عالم أنه معسر ، وأن يكون صاحب الحق على علم بهذا الإعسار (م٢٣٨/١ مدنى) .

فـــإذا نجح الدائنون في هذا الطعن أمكنهم بعد ذلك أن يتمسكوا بالتقادم نيابة عن الحائز طبقا لحكم المادة ٣٨٧/١ مدنى [(١)].

٢١٧ـ بقاء الدعاوى الشخصية ضد الحائز :

يـــؤدى اكتساب الملكية بالتقادم إلى أن يصبح الحائز مالكا أو صاحب حق عينى على الشئ ، ولكنه لا يبرئ ذمة الحائز إذا كان مدينا . وعليه فهو لايحول دون بقاء الدعاوى الشخصية التى تكون للمتصرف أو دائنيه ضد الحائز رغم أن هذا الأخير قد أصبح مالكا بالتقادم. ولهذا فإن التقادم لايصح التمسك به إلا فى مواجهة الغير ،

---

(١) عبد المنعم الصده ص٦٦٢ ومابعدها– وعلى عرفه ص ٣٠٢ ومابعدها.

فلا يجوز للحائز أن يتمسك بالتقادم ضد من تصرف له في الشيء، حيث يحكم العلاقة بينهما التصرف الصادر إلى الحائز .

ويبنى على هذا أنه إذا كان التصرف الذى تلقى به الحائز الحق الـذى يحوزه مشوبا بما يجعله قابلا للإبطال أو الفسخ أو نحو ذلك فـإن الدعاوى الشخصية التى تكون للمتصرف أو دائنيه بناء على هذه الأسباب لاتسقط إلا بالتقادم الخاص بها فإذا لم تكن قد تقادمت جاز رفعها على الحائز رغم كسبه الحق بالتقادم . ومقتضى هذا أنه إذا نجـح المتصـرف في دعواه الشخصية ضد الحائز استطاع أن يسترد منه الشيء رغم كسبه الحق بالتقادم المكسب . وكذلك الأمر إذا نجح أى من دائنى المتصرف في الدعوى التى يباشرها بالنيابة عـن المتصـرف ضـد الحائز . ويلاحظ هنا أن المالك الأصلى يسـتطيع بوصفه دائنا للمتصرف أن يباشر الدعوى الشخصية ضد الحائـز نيابة عن المتصرف ، فإذا نجح في هذه الدعوى أمكنه أن يسـترد الشـيء من هذا الطريق رغم أن الحائز قد كسب الملكية بالتقادم[١] .

٢١٨ـ تخلف التزام طبيعى عن التقادم المكسب :

تـنص الفقـرة الأولى من المادة ٣٨٦ مدنى الواردة في التقادم المسقط على أن : " يترتب على التقادم انقضاء الالتزام ، ومع ذلك يتخلف في ذمة المدين التزام طبيعى ".

---

(١) عبد المنعم الصده ص٦٦٨ ومابعدها .

ويطبق هذا النعى على التقادم المكسب ، فيتخلف التزام طبيعى عــن الحــق الذى يكسب بالتقادم المكسب . فإذا ملك الحائز العين بالــتقادم المكسب ، ولم يكن قبل التقادم مالكا لها ، فإنه بالرغم من تملكه العين بالتقادم يبقى ملتزما التزاما طبيعيا نحو المالك الحقيقى برد العين إليه .

ويترتب على ذلك نتيجتان :

الأولى :

أنـــه يجــوز للحائـــز رد العين التى تملكها بالتقادم إلى مالكها مختارا وعن بينه من أمره بالتزامه الطبيعى .

وبالتالى لايعد ذلك تبرعا ، ولايشترط فيه شكل خاص .

وإذا رد الحائـــز العين إلى مالكها فلا يجوزله استردادها بعد ذلك لأنه أوفى بالتزام طبيعى (١).

الثانية :

أنـــه إذا تعهد الحائز برد العين إلى مالكها وقصد من ذلك إنشاء التزاما مدنيا في ذمته، فإنه ينشأ بهذا التعهد التزاما مدنيا في ذمته ، وبالتالى يجوز للمالك إجباره على الوفاء به .

غير أنهلاتجوزكفالة الالتزام الطبيعى المتخلف في ذمة الحائز ، إذا قصــد بالكفالـــة أن يترتـــب في ذمة الكفيل التزام مدنى يضمن

---

(١) عبد المنعم الصده ص٦٦٢ ومابعدها .

الالـــتزام الطبيعى . ولكن إذا كفل الكفيل هذا الالتزام الطبيعى وهو يعـــتقد أنــــه الـــتزام مدنى ، فإن التزامه يكون التزاما طبيعيا مثل الالتزام الأصلى ، إذ لايصح أن يكون التزام الكفيل أشد من التزام المدين (١).

٢١٩- جـــواز بـــدء تقادم جـديد :

يترتب على نزول الحائز عن التقادم بعد تمامه آثار مماثلة لتلك التى تترتب على انقطاع التقادم . حيث تسقط المدة التى مضت قبل النزول ، فتضيع على الحائز ثمرتها . ولكن يمكن أن يبدأ من وقت النزول تقادم مدته هى نفس مدة التقادم الأول (٢).

٢٢٠- آثار التنازل عن التقادم نسبية :

التـــنازل عـــن التقادم – كما ذكرنا سلفا – هو عمل قانونى من جانب واحد ، ويترتب على هذا أنه لايحدث إلا أثرا نسبيا فلا يتقيد بـــه إلا من صدر منه فلا ينفذ في حق من عداه من ذوى المصلحة الذيـــن لـــم يعلنوا رغبتهم في عدم التمسك بالتقادم . وتبعا لذلك إذا انقضى الدين بالتقادم بالنسبة إلى كل من المدينين المتضامنين ونزل أحدهم عن التقادم ، فإن هذا النزول لايسرى في حق سائر المدينين بمعنى أن يكون لكل منهم مع ذلك أن يتمسك بالتقادم .

---

(١) السنهورى ص ١٤٧٤ .

(٢) عبد المنعم الصده ص ٦٦٢ .

ويترتب على ذلك أنه إذا وفى المدين الذى نزل عن التقادم فلا يجــوز لــه أن يرجع على سائر المدينين الذين برئت ذمتهم بسبب التقادم .

والتــنازل عــن التقادم يشبه الاعتراف القاطع لمدة التقادم من حيث الاعتراف ، فالاعتراف حجة قاصرة على المقر فلا يحاج به أحد سواه .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إذا دفــع المدعــى عليه دعوى تثبيت الملكية بتملكه الأرض المتنازع عليها بوضع اليد خمس سنوات بسبب صحيح وبحسن نية ، وقضت المحكمة للمدعى بتثبيت الملكية بناء على ما استخلصته من اعتراف المدعى عليه بعد تكامل مدة التقادم فى أوراق صادرة منه بملكــية المدعــى ، فقيام الحكم على هذا الاعتراف يغنيه عن الرد على الدفع بالتقادم ، إذ هذا الاعتراف هو بمثابة التنازل عن الحق فــي التملك بالتقادم ، ومثل هذا التنازل ينتج أثره سواء أكان التقادم طويلا أم كان قصيرا ، وفقا للمادة ٨٠ من القانون المدنى " .

(طعن رقم ٦١ لسنة ١٥ ق جلسة ١٩٤٦/٤/١١)

٢٢١ـ عدم جواز الاتفاق على تعديل مدة التقادم :

تقضــى المــادة ٩٧٣ مدنى بسريان قواعد التقادم المسقط على الــتقادم المكســب فيما يتعلق بالاتفاق على تعديل مدة التقادم . وقد

نصـــت الفقـــرة الأولى من المادة ٣٨٨ مدنى – الواردة في التقادم المسقط – على أنه :

" لايجوز النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه ، كما لايجوز الاتفـــاق على أن يتم التقادم في مدة تختلف عن المدة التى عينها القانون " . فقد جعل النص مدة التقادم من النظام العام ، فلا يجوز الاتفاق على إطالتها أو تقصيرها ، فإذا حصل الاتفاق على إطالتها أوتقصيرها كان الاتفاق باطلا، وتطبق المدة كماوردت بالقانون[1] ، ذلـــك أن إطالة مدة التقادم ، كما إذ اتفق على إطالته إلى خمسين أو مائـــة ســـنة مثلا يكون بمثابة النزول عن التقادم مقدما من الناحية العملية ، كما أن الاتفاق على مدة قصيرة لا يؤمن فيه الاعتساف .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" نهـــج المشـــروع نهج المشروع الفرنسى الإيطالى فحظر كل تعديـــل اتفاقى في مدة التقادم المقررة في القانون . ويفرق البعض بيـــن الاتفاقـــات الخاصة بمد المدة والاتفاقات الخاصة بقصرها ، ويلحقـــون الـــبطلان بالأولى دون الثانية . بيد أنه لم يروجه للأخذ بهذه التفرقة لأن إقرار صحة الاتفاق على قصر المدة لا يؤمن معه الاعتساف ولاسيما في عقود التأمين.

---

(١) محمـــد لبيب شنب ص ٢١٤ – المستشار على أحمد حسن ص ١١٢ – محمد كامل مرسى ص ٢٣ .

وقد اتفق واضعو المشروع الفرنسي الإيطالى فيما بينهم " على إقـرار قاعدة حظر تعديل المدد المقررة في القانون على المتعاقدين إطلاقـا ، لأن حكم التقادم يتعلق بالنظام العام ، ولاينبغى أن يترك تطبيقه لمشيئة الأفراد " (المذكرة الإيضاحية ص ٦١) . فلا يجوز إذن قصـر مـدة التقادم أو إطالتها ، أو التنازل عن أى تقادم قبل ثبوت الحق فيه " [١].

غير أن مدة التقادم قد تطول بسبب غير الاتفاق ، كما إذا وقف سريان التقادم ، إذ تطيل مدة التقادم بمقدار المدة التى وقف فيها عن السريان .

وكما إذا انقطعت مدة التقادم ، إذ تطيل مدة التقادم بمقدار المدة الـتى انقطع في آخرها وبمقدار المدة التى يبقى فيها سبب الانقطاع نافذ الأثر [٢].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إذ تقضـى المـادة ١/٣٨٨ مـن القانون المدنى بأنه لايجوز الاتفـاق علـى أن يتم التقادم في مدة تختلف عن المدة التى عينها القـانون، فإنه لايجوز أن يترك تحديد مدة التقادم لمشيئة الأفراد ، ويحظر كل تعديل اتفاقى في مدة التقادم المقررة بالقانون " .

(طعن رقم ٥٢٤ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٧٠/٢/٣)

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ٣٤٥ .

(٢) السنهورى ص ١٣٩٢ – المستشار محمد عبد اللطيف ص ٧٩ .

مـــادة (٩٧٤)

أيـــا كانـــت مـــدة التقادم المكسب فإنه يقف متى وجـــد سبب لوقفه .

الشـــرح

٢٢٢ـ ورود الوقف على التقادم بنوعيه :

تـــنص المـــادة على أنه أيا كانت مدة التقادم المكسب فإنه يقف متى وجد سبب لوقفه .

ومعـــنى هذا أن الوقف يرد على التقادم المكسب الطويل والذى مدتـــه خمس عشرة سنة ، والتقادم القصير أى التقادم الخمسى على السواء .

أمـــا القواعد التى تسرى على الوقف ، فهى ذات القواعد التى تســـرى على التقادم المسقط بالقدر الذى لاتتعارض فيه هذه القواعد مـــع طبيعة التقادم المكسب ، وذلك عملا بالمادة ٩٧٣ مدنى ، كما رأينا سلفا .

٢٢٣ـ المقصود بالوقف :

المقصـــود بوقف التقادم ، هو أن يقف مضى المدة المكسبة أو المســـقطة للحقـــوق عامة ردحاً من الزمن بسبب عذر من الأعذار القانونـــية أو الواقعية ثم يستأنف التقادم سيره بعد زوال ذلك العذر

علـــى أن تضـــاف المدة السابقة على قيام المانع إلى المدة اللاحقة على زواله (١).

والفارق بين وقف التقادم وبين تأخير سير التقادم ، هو أن وقف الـــتقادم يعـــترض الـــتقادم بعد بدء سريانه أو يقع منذ البداية ، أما تأخـــير ســـريان الـــتقادم فلا يقع إلا منذ البداية ولايتصور وقوعه معترضا سريان التقادم بعد أن بدأ (٢).

ووقـــف الـــتقادم إجـــراء تقتضيه العدالة ، حيث يقرره القانون لمصـــلحة أشـــخاص لاتمكنهم ظروفهم أو حالتهم من اتخاذ إجراء لقطـــع الـــتقادم الـــذى يسرى ضدهم . وهذه الفكرة التى تأخذ بها الشـــرائع المخـــتلفة هـــى نفسها فكرة العذر الشرعى الذى تأخذ به الشريعة الإسلامية حين تقرر عدم جواز سماع الدعوى على المنكر بعـــد تـــركها من غير عذر شرعى . وهى ترتد إلى قاعدة تقليدية قديمـــة تقضـــى بأن التقادم لايسرى ضد من يتعذر عليه أن يطالب بحقه .

٢٢٤ـ أسباب وقف التقادم :

أحالـــت المـــادة ٩٧٣ مدنى في خصوص وقف التقادم المكسب على قواعد التقادم المسقط ، وذلك مع مراعاة ما نصت عليه المادة ٩٧٤ .

---

(١) المستشار محمد عبد اللطيف ص ١٢٦ .
(٢) المستشار محمد عبد اللطيف ص ١٢٦ .

وتنص المادة ٣٨٢ مدنى الواردة في التقادم المسقط على أن :

" ١- لايسرى التقادم كلما وجد مانع يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه ولو كان المانع أدبيا . وكذلك لايسرى التقادم فيما بين الأصيل والنائب . ٢- ولايسرى التقادم الذى تزيد مدته على خمس سنوات في حق من لاتتوافر فيه الأهلية أوفى حق الغائب أو في حق المحكوم عليه بعقوبة جناية إذا لم يكن له نائب يمثله قانونا " .

ولايتقيد الحكم الوارد في الفقرة الثانية من هذه المادة بمدة معينة في التقادم المكسب حيث نصت المادة ٩٧٤ مدنى على ما يأتى :

"أيا كانت مدة التقادم المكسب فإنه يقف متى وجد سبب لوقفه :

ويتضح من ذلك أن أسباب وقف التقادم ترد إلى نوعين :

١- أسباب ترجع إلى ظروف خارجية ، سواء كانت مستقلة عن الشخص أو كانت متصلة به .

٢- أسباب ترجع إلى حالة الشخص من حيث الأهلية وما يلحق بها من أوضاع قانونية ، وسنتناول هذين النوعين بالتفصيل (١).

---

(١) حكم التقنين المدنى القديم :

نص التقنين المدنى القديم على أسباب وقف التقادم على سبيل الحصر ، فنص في المادتين ٨٤، ٨٥ على أن التقادم لا يسرى على من يكون مفقود الأهلية شرعا ولم يشر إلى شيء من الأعذار القهرية أو الموانع القانونية التى تحول دون اتخاذ الإجراءات للمطالبة بالحق. ومضى في المادة ٢٠٥ على أن القواعد المقررة للتقادم بمضى المدة من حيث

أســباب انقطاعهــا أو إيقاف سريانها تتبع أيضا في التخلص من الدين بمضى المدة .

أما شراح قانون المدنى الملغى فيكاد يكون هناك شبه إجماع بينهم على أن الشارع أراد بإغفال النص الوارد في المادة ٢٢٥١ مدنى فرنسى التى تقضــى بــأن الــتقادم يسرى في حق كل شخص إلا إذا كان الشخص مستثنى بموجب نص في القانون، جواز تطبيق القاعدة القديمة التى كانت معروفة في القانون المدنى الفرنسى – القديم- ولايزال القضاء الفرنسى يأخذ بها على خلاف الفقه الفرنسى، والتى تقضى بأن يوقف التقادم حيث يــتعذر على صاحب الحق أن يقطع سريانه . فأى مانع يتعذر معه على صاحب الحق أن يقطع التقادم يكون سببا في وقف سريانه .

وأنــه بذلــك مهد السبيل لاجتهاد القاضى والأخذ بما يراه عذرا شرعيا وقهــريا يقف معه سريان التقادم وكذلك استقر قضاء محكمة النقض في ظل القانون المدنى الملغى على الأخذ بهذا النظر .

فقضت محكمة النقض بأن :

١- " إن التقادم يقف كلما استحال على صاحب الحق – ماديا أو قانونا- أن يطالب بحقه . فهو يقف بالنسبة إلى كل صاحب حق حالت بينه وبين المطالــبة بحقه القوة القاهرة أو انقضاء الدين انقضاء يمنعه من المطالبة بديــنه ما بقى سبب الانقضاء قائما فإذا باع المدين الدائن عينا أداء لدينه ثم حكم ببطلان هذا البيع فإن تقادم الدين يقف إلى صدور الحكم بالبطلان. وإذا أقر البائع (المدين) للمشترى (الدائن) بإجازة البيع بعد ذلك ثم قضى بــبطلان هذه الإجازة فهذه الإجازة تقف التقادم إلى أن يقضى ببطلانها. ويجب في حساب تقادم هذا الدين إسقاط مدتى الوقف المذكورتين ".

(طعن رقم ١٣٧ لسنة ١٤ ق جلسة ١٩٤٦/١/٣)

(أنظر أيضا نقض ١٩٤٨/٤/٢٢ المنشور ببند ٢٢٤)

٢٢٥- أولاً : أسباب وقف التقادم التى ترجع إلى ظروف خارجية :

تنص الفقرة الأولى من المادة ٣٨٢ مدنى على أنه لايسرى التقادم كلما وجد مانع يتعذر معه على صاحب الحق أن يطالب بحقه ، ولو كان هذا المانع أدبيا .

فإذا وجد مانع يتعذر معه على صاحب الحق العينى محل الحيازة أن يطالب بحقه وقف سريان التقادم ضده أيا كانت طبيعة هذا المانع .

حيث يستوى في هذا الخصوص أن يكون المانع ماديا أو أدبيا، كما يستوى أن يكون المانع قانونيا أو اتفاقيا .

فلم ترد الموانع بالمادة على سبيل الحصر.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " النص في الفقرة الأولى من المادة ٣٨٢ من القانون المدنى على أنه " لايسرى التقادم كلما وجد مانع يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه ولو كان المانع أدبيا .... " مفاده وعلى ورد بالأعمال التحضيرية للقانون المدنى أن المشرع نص بصفة عامة على وقف سريان التقادم إذا كان ثمة مانع يستحيل معه على الدائن أن يطالب بحقه في الوقت المناسب ولو كان المانع أدبيا ، ولم ير المشرع إيراد الموانع على سبيل الحصر بل عمم الحكم لتمشيه مع ما يقضى به العقل " .

(طعن رقم ٣٥٠ لسنة ٤٠ ق جلسة ١٩٧٧/٦/٧)

٢- " النص في الفقرة الأولى من المادة ٣٨٢ من القانون المدني على أن " لايسرى التقادم كلما وجد مانع يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه ولو كان المانع أدبيا ... " واضح المعنى في أن المشرع قد أطلق أحكام الوقف لتعم كل تقادم أيا كانت مدته ولتتسع لكل مانع مهما كان نوعه فلا يجوز تخصيص عمومه ولاتقييد مطلقه إلا بنص ولايغير من هذا النظر ما تمسكت به الطاعنة من أن مقتضى النص بالفقرة الثانية من المادة ذاتها على أن " ولايسرى التقادم الذى تزيد مدته على خمس سنوات في حق من لاتتوافر فيه الأهلية ، أو في حق الغائب أو في حق المحكوم عليه بعقوبة جناية ، إذا لم يكن له نائب يمثله قانونا " وما جاء بالمذكرة الإيضاحية من أن " الغرض من التقادم الخمسى هو درء خطر تراكم الديون الدورية المتجددة ، وليس يتأثر هذا الغرض بما يتصل بشخص الدائن من أوصاف ولو كان القصر من بينها ، ثم إن ما يسقط من الحقوق بانقضاء خمس سنوات يتهافت تهافتا يمتنع معه التسليم بوقف سريان المدة " أخذا بحكمة التشريع أن تكون أحكام وقف التقادم مقصورة على التقادم الذى تزيد مدته عن خمس سنوات حتى لايكون حال القاصر الذى ليس له من يمثله أسوأ ممن تتوافر فيهم أسباب أقل لوقف التقادم فذلك كله مردود بما جرى به قضاء هذه المحكمة من أن النص متى كان واضحا جلى المعنى قاطعا في الدلالة على المراد منه فلا يجوز الخروج عليه

ولاتأويلــه ولاتخصــيص عمومه ولاتقييد مطلقه بدعوى الاستهداء بالحكمــة التى أملته أو ما ورد في الأعمال التحضيرية أو المذكرة الإيضــاحية لأن محــل ذلك كله أن يكون بالنص غموض أو لبس يضطر القاضى في سبيل التعرف على مراد الشارع أن يبحث في كل ذلك أما المفارقة التى أشارت إليها الشركة الطاعنة فلو صلحت ســندا للمطالبة بتعديل التشريع فإنه لايجوز التحدى بها لاستحداث حكم يغاير عبارة النص عن طريق التأويل " .

(طعن رقم ٢٠٦٣ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٩٣/١/٢٦)

وواضــح أنــه لايلــزم لقيام المانع أن يكون من شأنه استحالة المطالــبة بالحق ، بل يكفى أن يتعذر ذلك على صاحب الحق ليقف التقادم لصالحه .

والمانع قد يكون ماديا وقد يكون أدبيا :

(أ) - المانع المادى :

قــد يكون المانع الذى يقف سريان التقادم مانعا ماديا يرجع إلى ظــروف خارجية اضطرارية مستقلة عن الشخص أو متصلة به . فهــو مانع ، أقرب ما يكون إلى القوة القاهرة ، ولكن لايشترط فيه ما يشترط في القوة القاهرة ، إذ أنهما فكرتان متميزتان بحيث يجب فصل إحداهما عن الأخرى [١].

---

(١) السنهورى ص ١٤٢٣ هامش (١) - عبد المنعم الصده ص ٦٠١ .

ومــن أمــثلة هذا المانع : قيام حرب أو نشوء فتنة أو إعلان الأحكــام العرفــية إذا ترتــب علــى ذلك منع المحاكم من مباشرة أعمالها، فلم يتمكن صاحب الحق من المطالبة بحقه .

وانقطاع المواصلات حين يؤدى إلى منع صاحب الحق من هذه المطالبة ، والوقوع في الأسر ، إذ أنه يحول دون هذه المطالبة .

(ب) – المانع الأدبى :

قــد يكون المانع من التقاضى أدبيا يرجع إلى ظروف خارجية متصــلة بالشــخص صاحب الحق ، وهى العلاقة القائمة بينه وبين الحائز . فيستحى مع هذا المانع أن يجابه المالك الحائز بحقه .

ومــثل ذلــك العلاقــة بيــن الزوجين مادامت الزوجية قائمة . والفــرض فــي هذه الحالة ألا تكون الحيازة مستندة إلى تسامح من جانــب صاحب الحق وأن تكون برئية من عيب اللبس الذى يشوبها عادة في مثل هذه الظروف . فإذا حاز الزوج عقارا مملوكا للزوجة علــى هذا النحو وظهر عليه بمظهر المالك فإن التقادم يقف سريانه ضــد الزوجة طالما كانت الزوجية قائمة . لأن الزوجة يمتنع عليها أدبيا في هذه الحالة أن تطالب الزوج بحقها ، إذ يكون من شأن هذه المطالبة أن تعكر الجو الذى يسود الأسرة .

غير أنه يلاحظ أن مثل هذه العلاقة لاتعتبر لذاتها مانعا أدبيا من المطالـبة بـالحق ، وإنما يجب أن ترقى في ظروف صاحب الحق والحائـز إلى مستوى المانع الأدبى . فهى قد تكون مانعا أدبيا في حالـة ، ولا تكـون مانعا في حالة أخرى ، تبعا للظروف وقاضى الموضوع هو الذى عليه أن يتبين في ضوء ظروف كل حالة ما إذا كانـت هـذه العلاقة تجعل من المتعذر أدبيا على صاحب الحق أن يطالـب بحقه . فلو أن خلافا نشب بين الزوجين مع بقاء الزوجية قائمـة ، فإن هذا يكون من شأنه أن يزيل المانع الأدبى الذى يقف الـتقادم . فالمـانع الأدبى في هذا الخصوص الذى يتعذر معه على صـاحب الحـق أن يطالب بحقه فيوقف سريان التقادم ، شأنه شأن المـانع الأدبـى الذى يحول دون الحصول على دليل كتابى فيجيز الإثـبات بالبيـنة فيما كان يجب إثباته بالكتابة (م ٦٣/أ من قانون الإثبات)[1].

---

(١) عـبد المـنعم الصده ص٦٠٢ ومابعدها – محمد على عرفه ص ٢٨١ وهامش (٢) .

وقد قضت محكمة النقض في ظل التقنين المدنى السابق بأن :

" إن اعتبار علاقة الزوجية مانعة من المطالبة بالحق أو غير مانعة من الأمور الموضوعية التى تختلف في الدعاوى بحسب ظروفها . والقضاء فيها لايخضع لرقابة محكمة النقض " .

(طعنان رقما ٣٨، ٥٠ لسنة ٩ ق جلسة ١٩٤٠/١/١١)

ومـــثل ذلك أيضا العلاقة ما بين الأصول والفروع ، أو علاقة القـــرابة أيـــا كانت ، مادامت علاقة وثيقة اقترنت بملابسات تؤكد معنى المانع . كالعلاقة ما بين الأشقاء ، وعلاقة الأعمام والأخوال بـــأولاد الأخ أو أولاد الأخت . وهـــذه مسألة واقع يقـــدرها قاضى الموضوع [1].

٢٢٦ـ تقدير المانع مما يخضع لسلطة المحكمة :

تقدير المانع من المطالبة بالحق والذى يعتبر سببا لوقف سريان الـــتقادم هـــو مـــن المســـائل الموضـــوعية التى يستقل بها قاضى الموضوع بغير معقب متى كان ذلك مبنيا على أسباب سائغة .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١-" تقديـــر قيام المانع الأدبى من المطالبة بالحق – الذى يعتبر ســـببا لوقف سريان التقادم طبقا للفقرة الأولى من المادة ٣٨٢ من القـــانون المدنى – وإن كان من مسائل الواقع التى يستقل بتقديرها قاضـــى الموضوع إلا أنه إذا أورد هذا القاضى أسبابا لاثبات قيام هذا المانع أو نفيه فإن هذه الأسباب تمتد إليها رقابة محكمة النقض.

غير أن التقنين المدنى الجديد ، وقد نص صراحة على وقف التقادم كلما وجد مانع يتعذر معه على صاحب الحق أن يطالب بحقه ولو كان المانع أدبيا فالواجب أن تكون علاقة الزوجية في الأصل مانعا أدبيا من سريان التقادم (السنهورى ص ١٤٢٠ هامش (٣) ومابعدها) .

(١) السنهورى ص ١٤٢٠ ومابعدها .

فإذا كان الحكم المطعون فيه قد رفض اعتبار علاقة الزوجية مانعا أدبـيا لمجرد تحرير سند بالدين بمقولة أن تحريره يخالف المألوف بين الزوجين وكان تحرير سند بالحق المطالب به ليس من شأنه أن يـؤدى عقـلا إلـى النتيجة التى انتهى إليها الحكم إذ أنه لايخالف المـألوف بيـن الزوجين ولايدل بحال على وقوع أى تصدع في علاقـة الزوجـية التى تربطهما كما أن هذا التسبيب ينطوى على مخالفـة للقـانون لمـا يترتب على الأخذ به من تخصيص للمانع الأدبـى الذى يقف به سريان التقادم بالحالة التى لايكون فيها الحق المطالب به ثابتا بالكتابة وهو تخصيص لا أصل له في القانون ولم يـرده الشارع ، لما كان ذلك فإن الحكم المطعون فيه يكون مشوبا بالقصور وبمخالفة القانون بما يستوجب نقضه " .

(طعن رقم ٣٩٥ لسنة ٣٢ ق جلسة ١٩٦٦/١٢/٨)

٢- " إذ كـان يبيـن ممـا أورده الحكم أن المحكمة في حدود سـلطتها الموضوعية قد استخلصت من وقائع ثابتة بالأوراق تؤدى إلـى النتـيجة التى انتهت إليها أن المطعون عليه الثانى كان يحوز الأرض موضـوع النزاع نيابة عن زوجته الطاعنة وأنه كان يمثلها في دعوى الحيازة التى أقامتها عليه الشركة المطعون عليها الأولى، ورتـب الحكم على ذلك وقف سريان التقادم المكسب للملكية التى تمكسـت بـه الطاعنة المدعى عليها في دعوى الملكية أثناء نظر

دعوى الحيازة باعتباره مانعا للشركة من رفع دعوى الملكية ، فإن النعي على الحكم بهذا الوجه يكون في غير محله ".

(طعن رقم ٤٦٣ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٤/١١/٥)

٣- " قيام المانع الأدبي من المطالبة بالحق والذى يعتبر سببا لوقف التقادم طبقا للفقرة الأولى من المادة ٣٨٢ من القانون المدنى وإن كان من مسائل الواقع التى يستقل بتقديرها قاضى الموضوع إلا أنه إذا أورد القاضى أسبابا لقيام هذا المانع أو نفيه فإن هذه الأسباب تمتد إليها رقابة محكمة النقض " .

(طعن رقم ٨٠٧ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٧٩/٣/٢٢)

٤- " إن المادة ١/٣٨٢ من القانون المدنى قد جرى نصها بأنه " لايسرى التقادم كلما وجد مانع يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه ولو كان المانع أدبيا ...." مما مفاده – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أنه يجوز وقف سريان التقادم كلما وجد مانع ولو كان أدبيا يمنع من المطالبة بالحق ويدخل تقدير المانع من سريان التقادم في سلطة محكمة الموضوع متى كان استخلاصها سائغا ، لما كان ذلك وكان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أن محكمة الموضوع في حدود سلطتها في فهم الواقع في الدعوى وتقدير الأدلة فيها ، قد خلصت إلى عدم توافر هذا المانع لدى الطاعنة وأقامت قضاءها على أن المطعون عليها تقدمت إلى

الطاعــنة بطلب خفض الأجرة وأن الطاعنة أطالت النظر في قبول هــذا الطلب إلى أن قبلته فعلا وخفضت الأجرة عما كان مقدرا لها من قبل، وأنه كان في مكنة الطاعنة المطالبة بالأجرة المقدرة أساسا ثم تسوى الحساب وفقا لماينتهى إليه الرأى فيشأن تخفيضها ، غير أن الطاعــنة أمســكت عــن ذلــك طواعية حتى استقر رأيها على تخفيض الأجرة ، فلا يقبل منها القول بقيام مانع يمنعها من المطالبة لأنذلك كان بتقصير منها ، وهى أسباب لها أصلها الثابت بالأوراق وتكفــى لحمل قضاء الحكم المطعون فيه في هذا الخصوص ، لما كــان ما تقدم وكان الطعن قد رفع بتاريخ ١٩٧٦/٦/٢ قبل صدور القــانون رقم ٢١٨ لسنة ١٩٨٠ الذى أوجب على قلم كتاب محكمة النقض طلب ضم ملف القضية بجميع مفرداتها ولم تقدم الطاعنة ما يفــيد أنها تمسكت أمام محكمة الموضوع بأنها اتخذت إجراء قاطعا للــتقادم بــتاريخ ١٩٦٨/٧/٢٧ بتوقيع حجز إدارى ، فإن ما تثيره الطاعــنة فــي هذا الشأن يكون دفاعا يخالطه واقع لم يسبق طرحه علــى محكمــة الموضوع فلا يجوز إبداؤه لأول مرة أمام محكمة النقض ومن ثم يكون هذا النعى على غير أساس " .

(طعن رقم ٥٦٢ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٨١/٢/١٦)

٥- " تقديــر قــيام المانع من المطالبة بالحق والذى يعتبر سببا لوقف سريان التقادم طبقا للفقرة الأولى من المادة ٣٨٢ من القانون

المدنـــى هــو مـــن المســائل الموضوعية التى يستقل بها قاضى الموضوع بغير معقب متى كان ذلك مبنيا على أسباب سائغة وكان الحكــم المطعــون فــيه قد أسس ما انتهى إليه من وقف التقادم في الفــترة من تاريخ الإفراج عن المطعون ضده حتى ثورة التصحيح في ١٩٧١/٥/١٥ على أنه ما كان بوسع المطعون ضده إقامة مثل هــذه الدعــوى قــبل ١٩٧١/٥/١٥ وذلك خوفاً مما كان يتبع من أساليب القهر والإذلال الأمر الذى يقف معه التقادم حتى هذا التاريخ وكـــان هــذا الذى قرره الحكم يقوم على الظروف العامة المعروفة للجمــيع عمـــا كانت تجتازه البلاد والشعب في الفترة السابقة على ثورة التصحيح في ١٩٧١/٥/١٥ وهى أسباب سائغة تؤدى إلى ما رتبه الحكم عليها فإن النعى بهذا السبب يكون في غير محله ".

(طعن رقم ١٤٧٥ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٨١/١١/١٩)

٦- " إنه وإن كان من المقرر أن تقدير قيام المانع من المطالبة بالحق والذى يعتبر سببا لوقف التقادم عملا بالمادة ٣٨٢ من القانون المدنـــى يقــوم علـــى عناصـــر واقعية يجب طرحها على محكمة الموضـــوع لتقول كلمتها فيها ، وكان المشرع لم يورد هذه الموانع على سبيل الحصر وإنما ترك أمر تقديرها لقاضى الموضوع الذى لـــه أن يقضى بوقف التقادم كلما تبين له من الظروف والملابسات المحيطة بالدعوى توافر المانع الذى يتعذر معه على الدائن المطالبة بحقه ، وكان لقاضى الموضع سلطة مطلقة في تقدير قيام المانع من

عدمـــه إلا أنـــه يجب عليه في قضائه أن لايمسخ الواقع المطروح علـــيه ، ولأن يرد عليه بأسباب سائغة تؤدى إلى النتيجة التى انتهى إلـــيها. وإذ كـــان البيـــن مـــن مدونات الحكم المطعون فيه والحكم الابـــتدائى الذى أيده وأحال إلى أسبابه واعتبرها جزءا متمما له أن الطاعن كان قد أقام الدعوى رقم ٦٥٢٦ لسنة ١٩٦٠ عمال جزئى القاهـــرة بطلـــب تطبـــيق الكادر العام لعمال النقل المشترك بمدينة الاســـكندرية – والمطبق على عمال النقل المشترك بمدينة القاهرة بقرار مجلس الوزراء الصادر في ١٩٥٢/٥/٧ – في حقه والقضاء له بالفروق المالية المستحقة من ١٩٥٤/٦/١ حتى آخر سبتمبر سنة ١٩٦٠وما يستجد ثم قصر طلب الفروق عن المدة من ١٩٥٤/٦/١ حتى ١٩٥٨/٨/٣١ تاريخ رفع الدعوى وهى المدة التى حدد الخبير الفـــروق المســـتحقة عـــنها وكان الطاعن قدطلب في دعواه الثانية المطعون في حكمها الفروق المستحقةله عن مدة تالية من ١٩٥٨/٩/١ حتى ١٩٦١/٨/٢٠ فإنه لايمكن القول أن طلباته في الدعويين تعتبر مـــن درجة واحدة ولا يعتبر أى منهما أصلا والآخر فرعا ذلك أن طلـــبات الطاعـــن فـــي الدعوى الأولى تضمنت أساسا طلب الحكم بأحقيـــته فـــي إعمـــال نظام الكادر الخاص بعمال النقل المشترك بمديـــنة الاســـكندرية ، ولا شك أن استحقاق الطاعن لفروق الأجر المطالـــب بها إنما يتوقف على ثبوت أحقيته في تطبيق هذا الكادر ولمـــا كان هذا الحق لم يتقرر نهائيا إلا بمقتضى الحكم الاستئنافى

الصـــادر في ١٩٧١/٥/١٩ فإنه كان يتعين على محكمة الموضوع تقدير قيام المانع من المطالبة بالحق تأسيسا على أن الدعوى الأولى تضـــمنت طلـــبا أصليا هو الحكم بأحقية الطاعن في تطبيق الكادر العـــام لعمال النقل المشترك بمدينة الإسكندرية، وأن هذا الحق لم يـــتقرر نهائـــيا إلا في ١٩٧١/٥/١٩ وإذ انتهى الحكم المطعون فيه إلى تأييد الحكم الابتدائى المستأنف بمقولة أن الطلبين في الدعويين مـــن درجـــة واحـــدة ولا يعتبر أى منهما أصلا والآخر فرعا لأن كلاهمـــا عبارة عن المطالبة بفروق مستحقة للطاعن عن مدة معينة مضـــت مغفـــلا بذلك أن الطلب الأساسى في الدعوى الأولى كان تقريـــر أحقـــية الطاعن في إعمال نظام الكادر الخاص بعمال النقل المشـــترك بمدينة الاسكندرية على حالته وأن من شأن المنازعة في هذا الطلب أمام القضاء أن يقف التقادم بالنسبة للالتزامات المترتبة علـــيه وهـــى الفروق المالية الناشئة عن تطبيق الكادر المذكور في حـــق الطاعـــن فهو لايستحقها إلا إذا تقررت أحقيته في تطبيق هذا النظام باعتبارها فرع من هذا الأصل ، ولا ينال من هذا النظر أن يكـــون الطاعـــن قـــد قصر طلباته في الدعوى السابقة على الحكم بالفـــروق عـــن مـــدة معينة تغاير المدة المطالب بالفروق عنها في الدعـــوى الثانـــية المطعون في حكمها . وأن يكون منطوق الحكم الســـابق قد اقتصر على القضاء بتلك الفروق طالما أن أسباب ذلك الحكـــم الواقعـــية والقانونية تكشف عن أن النزاع في الدعوى كان

يدور أصلا حول أحقية الطاعن في تطبيق نظام الكادر الخاص بعمال النقل المشترك بمدينة الاسكندرية ومن ثم يكون قضاؤه بالفروق المطالب بها قضاء ضمنيا بأحقية الطاعن في تطبيق هذا النظام ولما كان هذا الحق لم يتقرر نهائيا نهائيا إلا بمقتضى الحكم الاستئنافى الصادر في ١٩٧١/٥/١٩ فإن وقف التقادم بالنسبة للالتزامات المترتبة عليه لايزول إلا اعتبارا من هذا التاريخ ، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد مسخ الواقع المعروض عليه حين أغفل الطلب الاساسى في الدعوى الأولى واعتبرها مجرد دعوى للمطالبة بفروق الأجر المستحقة عن مدة معينة فإنه يكون مشوبا بالقصور مما أدى به إلى مخالفة القانون بما يتوجب نقضه دون حاجة إلى بحث باقى الأوجه التى أثارها الطاعن في سببى الطعن " .

(طعن رقم ٢٩١ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٨٢/١/١٦)

٧- " النص في الفقرة الأولى من المادة ٣٨٢ من القانون المدنى على أنه " لايسرى التقادم كلما وجد مانع يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه ولو كان المانع أدبيا " يدل وعلى ما ورد بالأعمال التحضيرية للقانون المدنى وجرى به قضاء هذه المحكمة على أن المشرع نص بصفة عامة على وقف سريان التقادم إن كان ثمة مانع يستحيل معه على الدائن أن يطالب بحقه في الوقت المناسب ولو كان المانع أدبيا ولم ير المشرع إيراد الموانع على

سبيل الحصر بل عمم الحكم لتمشيه مع ما يقضى به العقل . والمانع من المطالبة الذى يقف به سريان التقادم كما يكون مرجعه أسباب تتعلق بشخص الدائن قد يرجع إلى ظروف عامة يتعذر معها عليه المطالبة بحقه وتقدير ذلك مما تستقل به محكمة الموضوع، ولها أن تقرر قيام المانع ولو تضمن التشريع نصا يجيز للدائن الالتجاء الى القضاء للمطالبة بحقه مادامت قد أقامت قضاءها بذلك على أسباب سائغة ،لما كان ذلك وكان الحكم الابتدائى الذى أحال الحكم المطعون ضده إلى أسبابه قد أورد أنه " كان ينظر إلى إجراءات فرض الحراسة وتأميم أموال الخاضعين لها على أنها من الأمور التى تتعلق بكيان الدولة ومصلحتها العليا والتحول الاقتصادى فيها ، وكان يوصف المعارض لها أو المطالب بتصحيح ما قد يوجد بها من أخطاء على أنه مناهض لمصلحة الدولة وسياستها العليا ويكون معرضا للمزيد من الإجراءات الاستثنائية فإن ذلك ولاشك قد أوقع في نفس المدعى – المطعون ضده الأول- الرهبة والخوف من اتخاذ أى إجراء للمطالبة بحقه ، ورفع التعسف عنه واسترداد الحصة المملوكة له في عقار النزاع .... وهذايعد مانعا أدبيا إذ يتعذر معه على المدعى المطالبة بتلك الحصة المغتصبة ، وقد استمر هذا المانع حتى استعادت الأمور نصابها في ١٥ مايو سنة ١٩٧١ " وكان ما أورده الحكم من ذلك سائغا ومؤديا

إلى النتيجة التى أقام عليها قضاءه مع ما هو مقرر بالمادة ١/٣ من القـانون رقـم ١٦٢ لسـنة ١٩٥٨ المعدل بالقانون رقم ٦٠ لنسة ١٩٦٨ مـن جواز التظلم من الأوامر الصادرة بفرض الحراسة أو من إجراءات تنفيذها فإن النعى عليه بهذا السبب يكون غير سديد ".

(طعن رقم ٥٧٧ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٣/٥/١٧)

٨- " إن قـيام المـانع الأدبى من المطالبة بالحق والذى يعتبر سـببا لوقف التقادم طبقا للفقرة الأولى من المادة ٣٨٢ من القانون المدنـى وإن كـان مـن مسائل الواقع التى يستقل بتقديرها قاضى الموضوع إلا أنه إذا أورد هذا القاضى أسبابا لإثبات قيام هذا المانع أو نفيه فإن هذه الأسباب تمتد إليها رقابة محكمة النقض وكان يبين من الحكم المطعون فيه أنه نفى قيام المانع الأدبى أثناء قيام العلاقة الزوجـية بين الطاعن الدائن والمطعون ضدها المدينة على مجرد الإشـارة لظـروف الدعوى باعتبارها المصدر الذى استخلص منه عـدم قـيام هذا المانع دون تعيين الدليل الذى كونت منه المحكمة اقتـناعها بوجهة نظرها حتى يمكن الوقوف على أن ما أثير حوله مـن دفاع لا يؤثر فيه والتحقق من أنه من الأدلة التى يصح قانونا بـناء الحكـم عليها فإن الحكم يكون قد عاره قصور يبطله ويتعين لذلك نقضه بغير حاجة لبحث باقى أسباب الطعن " .

(طعن رقم ٩٦٣ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨٤/١/٢٦)

٩- تــنص المــادة ٣٨٢ من القانون المدنى في فقرتها الأولى على أن " لايسرى التقادم كلما وجد مانع يتعذر معه على الدائن أن يطالــب بحقه ولو كان المانع أدبيا وجرى قضاء هذه المحكمة على أن المــانع الأدبــى الذى يقف به سريان التقادم يمكن أن يقوم على أسباب تتعلق بشخص الدائن أو على ظروف عامة يتعذر فيها عليه المطالــبة بحقــه ، فإذا تحقق وجود مثل هذا المانع فلا يبدأ سريان الــتقادم إلا منذ زواله رغم وجود نصوص في التشريع تجيز للدائن الالــتجاء إلــى القضاء للمطالبة بحقه . وكان الطاعنون قد تمسكوا أمام محكمة الموضوع أنه لم يكن بوسعهم الالتجاء للقضاء للمطالبة بحقوقهــم الــتى صادرها القانون ١٣٤ لسنة ١٩٦٤ منذ نفاذه لأن الظروف السياسية التى كانت تسود البلاد في هذا التاريخ وما تتبعه الســلطات من أساليب قهر لم تكن تسمح لهم برفع دعوى يتمسكون فــيها بعدم دستورية هذا القانون الذى صادر أموالهم ، وكان الحكم المطعــون فــيه وإن حصل هذا الدفاع قد اكتفى في مقام الرد عليه بمجــرد القــول بأن " حق التقاضى من الحقوق المباحة التى تثبت للكافة وقد كفلته الدساتير المتعاقبة التى صدرت في البلاد وكان في مقدور المستأنفين ومورثهم من قبل الطعن على القانون ١٣٤ لسنة ١٩٦٤ أمــام المحاكم العادية أو القضاء الإدارى ... " في حين أن قــيام الحق في الالتجاء إلى القضاء لايحول دون قيام المانع الذى

يقــف به سريان التقادم متى تعذر على الدائن المطالبة بحقه ، فإن الحكم المطعون فيه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون وهو ما حجبه عن تمحيص دفاع الطاعنين " .

(طعن رقم ٢١٣ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٩٣/٢/١٦)

١٠- " لمــا كان ذلك وكان النص في الفقرة الأولى من المادة ٣٨٢ مــن القــانون المدنى على أنه لايسرى التقادم كلما وجد مانع يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه ولو كان المانع أدبيا ..." مما مفــاده – وعلى ما ورد بالأعمال التحضيرية للقانون المدنى – أن المشــرع نــص بصفة عامة على وقف سريان التقادم كلما استحال علــى صــاحب الحــق ماديا أو قانونيا أن يطالب بحقه في الوقت المناســب ولوكــان المانع أدبيا ولم يرد المشرع إيراد الموانع على سبيل الحصر بل عمم الحكم لتمشيه مع ما يقضى به العقل ، وتقدير قيام المانع من المطالبة بالحق الذى يعتبر سببا لوقف التقادم ، واقع يستقل بتقديره قاضى الموضوع. وكان القانون ١٠٤ لسنة ١٩٦٤- وعلــى مــا سـلف – يعتــبر مانعا قانونيا يستحيل معه أصحاب الأراضــى المســتولى عليها المطالبة بحقوقهم الناشئة من استيلاء الدولة على أملاكهم دون مقابل ، فإن التقادم بالنسبة لها يكون موقفا مــنذ العمــل بهذا القانون وإذ قضت المحكمة الدستورية العليا في القضــية رقــم ٣ لســنة ٢ دســتورية بتاريخ ١٩٨٣/٦/٢٥ بعدم دســتورية القــانون ١٠٤ لســنة ١٩٦٤ بأيلولــة ملكية الأراضى

الزراعـية الـتى تـم الإستيلاء عليها طبقا لأحكام قانون الإصلاح الزراعى رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ المعدل بالقانون ١٢٧ لسنة ١٩٦١ إلـى الدولة دون مقابل ، وكان من المقرر في قضاء هذه المحكمة أنـه يترتب على الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة عدم جـواز تطبيقه من اليوم التالى لنشر الحكم في الجريدة الرسمية إلا أن عـدم تطبيق النص – على ما ورد بالمذكرة الإيضاحية لقانون المحكمـة الدستورية العليا – لاينصرف إلى المستقبل فحسب وإنما ينسـحب علـى الوقائع والعلاقات السابقة على صدور الحكم بعدم دسـتورية النص ، على أنه يستثنى من هذا الأثر الرجعى الحقوق والمراكز التى تكون قد استقرت عند صدور الحكم بحكم حائز قوة الأمـر المقضـى أو بانقضـاء مدة التقادم ، فإنه يترتب على حكم المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية القانون ١٠٤ لسنة ١٩٦٤ انفتاح باب المطالبة بالتعويضات عن الأراضى المستولى عليها طبقا للقـانون ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ ، ١٢٧ لسنة ١٩٦١ وذلك اعتبارا من اليوم التالى لتاريخ نشر الحكم في الجريدة الرسمية في ١٩٨٣/٧/٧ ولا يكون الحق في المطالبة بها قد سقط بالتقادم باعتبار أن القانون المشـار إليه وقد جعل أيلولة الأراضى المستولى عليها إلى الدولة دون مقـابل ، كان يحول بين أصحاب الحقوق والمطالبة بالتعويض عـن الاستيلاء . إذ كان ممتنعاً عليهم قانونا المطالبة بحقوقهم قبل الطاعـن بصـفته ، فيعتبر مانعا في حكم المادة ٣٨٢ من القانون المدنى يتعذر على الدائن أن يطالب بحقه وبالتالى يكون تقادم الحق

فـــي الـــتعويض الناشئ وفقا لأحكام القانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ المعـــدل بالقـــانون ١٢٧ لســـنة ١٩٦١ موقوفا منذ تاريخ صدور القـــانون ١٠٤ لســـنة ١٩٦٤ فلا تجرى مواعيد سقوط الحق خلال فترة سريانه وتعود فتستأنف سيرها بمجرد زوال سبب الوقف بنشر الحكـــم بعدم دستوريته في الجريدة الرسمية بتاريخ ١٩٨٣/٧/٧ ، لمـــا كان ذلك وكان المطعون ضده أقام الدعوى في ١٩٨٩/٢/٢٩ بطلب أحقيته في التعويض المستحق له عن الأرض المستولى عليها طـــبقا للقـــانون ١٢٧ لســـنة ١٩٦١ وطـــبقا للمعايير الواردة في القانونييـــن ١٧٨ لســـنة ١٩٥٢ ، ١٢٧ لسنة ١٩٦١ تأسيسا على زوال المـــانع الـــذى حـــال بيـــنه وبين المطالبة بهذا الحق بقضاء المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية القانون ١٠٤ لسنة ١٩٦٤ وكان الحكم المطعون فيه قد رفض الدفع بسقوط الحق في المطالبة بالتقادم على سند من أن قيام القانون رقم ١٠٤ لسنة ١٩٦٤ – قبل الحكـــم بعدم دستوريته – يعد مانعا من التقاضى حال بين المطعون ضده وبين المطالبة بحقه قبل الطاعن ، وقد زال هذا المانع اعتبارا مـــن تاريخ نشر الحكم في الجريدة الرسمية في ١٩٨٣/٧/٧ وكان المطعـــون ضـــده أقام دعواه من ١٩٨٩/٢/٢٩ أى قبل اكتمال مدة الخمـــس عشـــرة ســـنة المقررة قانونا فإنه يكون قد التزم صحيح القـــانون ويضحى النعى عليه بأن عدم دستورية أى نص تشريعى لايعتبر مانعا قانونيا يؤدى إلى وقف التقادم نعى على غير أساس".

(طعن رقم ٢٢٩٧ لسنة ٦٣ ق جلسة ٢٠٠٠/٦/١٤- لم ينشر بعد)

٢٢٧ـ لايجوز التمسك بالمانع لأول مرة أمام محكمة النقض :

المـــانع من المطالبة بالحق والذى يعتبر سببا لوقف التقادم يقوم علـــى عناصـــر واقعية يجب طرحها على محكمة الموضوع لتقول كلمتها فيها ، ولايجوز التمسك به لأول مرة أمام محكمة النقض .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" تقديـــر قيام المانع من المطالبة بالحق والذى يعتبر سببا لوقف الـــتقادم عمـــلا بالمادة ٣٨٢ من القانون المدنى، يقوم على عناصر واقعـــية يجـــب طرحها أمام محكمة الموضوع لتقول كلمتها فيها ، ولايجـــوز عرضها ابتداء على محكمة النقض . وإذ كان الثابت في الدعـــوى أن الطاعن لم يسبق أن تمسك بأى سبب من أسباب وقف الـــتقادم أو انقطاعـــه ، وكان الطاعن لم يقدم من جانبه ما يثبت أنه أثار هذا الدفاع أمام محكمة الموضوع فإن النعى بهذا السبب يكون غير مقبول " .

(طعن رقم ٥٩٦ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٧٢/٣/٢٥)

٢٢٨ـ ثانيا : أسباب وقف التقادم التى ترجع إلى حالة الشخص من حيث الأهلية وما يلحق بها من أوضاع :

تنص الفقرة الثانية من المادة ٣٨٢ مدنى على أنه : "ولايسرى التقادم الذى تزيد مدته على خمس سنوات في حق من لا تتوافر فيه الأهلية أو في حق الغائب أو في حق المحكوم عليه بعقوبة جناية إذا لم يكن له نائب يمثله قانونا " .

أما المادة ٩٧٤ مدنى الواردة في الباب الخاص بالتقادم المكسب فتنص على أنه " أيا كانت مدة التقادم المكسب فإنه يقف متى وجد سبب لوقفه " .

ويبين من هذين النصين أن هناك فارقا بين التقادم المسقط والمكسب . ففى التقادم المسقط تسرى مدة التقادم التى تزيد على خمس سنوات في حق القصر والمحجور عليهم حتى ولو لم يكن لهم من يمثلهم قانونا من ولى أو وصى أو قيم . والحكمة من ذلك أن مدد التقادم التى لاتزيد على خمس سنوات تقوم على اعتبارات يستوى فيها القاصر والبالغ الرشيد ، فالديون الدورية المتجددة تتقادم بخمس سنوات حتى لاتتراكم على المدين فترهقه ، وهذا الاعتبار قائم بالنسبة للمدين ولايتأثر بما يتصل بشخص الدائن من أوصاف ولو كان القصر من بينها ، وحقوق أصحاب المهن الحرة تتقادم بخمس سنوات والتقادم فيها يقوم على قرينة الوفاء وعدم

إرهـــاق المديـــن ، وهذه الاعتبارات متوافرة أيضا ولو كان الدائن قاصـــرا أو محجـــورا علـــيه ، وحقوق التجار والصناع وأصحاب الفنادق والعمال والخدم والأجراء تتقادم بسنة واحدة ، والتقادم يقوم فـــيها علـــى قرينة الوفاء ، وهذا الاعتبار قائم حتى ولو كان الدائن قاصـــرا. أما إذا كانت مدة التقادم المسقط تزيد على خمس سنوات فإنـــه يجب التمييز بين ما إذا كان القاصر أو المحجور عليه له من يمـــثله قانونا أم لا ، فإذا كان له نائب قانونى يتحدث عنه ففى هذه الحالـــة لايقف سريان التقادم ، لأن الولى أو الوصى أو القيم ملزم بالمحافظـــة علـــى حقوق من هم تحت رعايته وعليه أن يقطع مدة التقادم السارى ضدهم وأن يطالب بحقوقهم ، فإذا ما قصر في أداء هـــذا الواجـــب ، كـــان مسئولا عن هذا التقصير . أما إذا لم يكن للقاصـــر من يمثله قانونا ففى هذه الحالة يقف التقادم ويظل موقوفا إلى أن يعين له وصى أو قيم أو تكتمل أهليته القانونية .

أما التقادم المكسب فإنه يقوم على الغصب ويترتب عليه تجريد المـــالك عن ملكيته ، ولهذا فقد عنى الشارع بحماية حقوق القصر والمحجور عليهم بأن نص في المادة ٩٧٤ مدنى على وقف سريان التقادم المكسب أيا كانت مدته، وعلى ذلك يقف سير التقادم الخمسى المنصـــوص عليه في المادة ٩٦٩ مدنى في حق القصر والمحجور علـــيهم حـــتى تعود لهم أهليتهم القانونية ، إلا أن ذلك كله مشروط

بـــأن يكـــون هؤلاء الأشخاص ليس لهم من يمثلهم قانونا فإذا وجد الولـــى أو الوصى أو القيم فإن التقادم المكسب يسرى في حقهم أيا كانت مدته لأن من واجب ممثلهم القيام بالإجراءات القاطعة للتقادم ، فإن لم يفعل كان مسئولا [١].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" اســتحدث المشــروع حكمـــا هاما بشأن وقف التقادم بالنسبة لعديمـــى الأهلية وناقصيها ، تقضى بأن هذا الوقف لايقع على وجه الإطلاق لمصلحة أولئك هؤلاء متى كان لهم من ينوب عنهم قانونا (أنظـــر المـــادة ٥٤٩ من التقنين البرتغالى) . ذلك أن النائب يحل محل الأصيل المحجور ، فيتعين عليه أن يتولى أمر المطالبة عنه، فإذا لم يفعل كان مسئولا عن ذلك . أما إذا لم يكن لعديم الأهلية أو ناقصـــها من ينوب عنه فعندئذ يقف سريان مدة التقادم بالنسبة له ، مـــا لم تكن المدة خمس سنوات أو أقل ... فالواقع أن الغرض من التقادم الخمسى هو درء خطر تراكم الديون الدورية المتجددة وليس يـــتأثر هذا الغرض بما يتصل بشخص الدائن من أوصاف ولو كان القصـــر مـــن بيـــنها ، ثم إن ما يسقط من الحقوق بانقضاء خمس سنوات يتهافت تهافتا يمتنع معه التسليم بوقف سريان المدة على أن هذا التعليل قد يكون محلا للنظر من وجوه ، ولذلك تحسن الإشارة

---

(١) المستشار محمد عبد اللطيف ص ١٣٩ ومابعدها .

إلــى أن المشــروع قصد من إيراد الحكم المتقدم ذكره إلى إفساح مجــال الاختــيار والتقدير . أما التقادم الحولى فقد بنى على قرينة الوفاء وهى تظل سلمة الدلالة ولو كان الدائن قاصرا .

ويــراعى أن ما اعتور نصوص المادتين ٨٤، ٨٥ من التقنين المدنــى الأهلــى مــن عيب في الصياغة أظهر من أن يحتاج إلى بيان"(١).

وكــان القــانون المدنى القديم يقضى في المادة ٨٥ منه بوقف سريان التقادم ولو كان القاصر أو المحجور عليه له نائب يمثله .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" إن التقنيــن المدنى الحالى وإن قضى بالمادة ٢/٣٨٢ منه بأن الــتقادم الــذى تزيد مدته على خمس سنوات لايسرى في حق من لاتــتوافر فيه الأهلية إذا لم يكن له نائب يمثله قانونا فلا يقع وقف الــتقادم لمصلحته إذا كان له من يمثله اعتبارا بأن النائب يحل محل الأصــيل فيتعيــن عليه أن يتولى أمر المطالبة عنه ، إلا أن التقنين المدنى القديم كان يقضى في المادة ٨٥ منه بأن هذا التقادم لايسرى فــي حــق عديم الأهلية أو ناقصها على وجه الإطلاق فيقع الوقف لمصلحته ولو كان له نائب يمثله قانونا " .

(طعن رقم ١٤٤ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٧/١٠/١٧)

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جــ٣ ص ٣٢٨ .

ويترتـــب على ذلك أنه إذا كان للقاصر أو المحجور عليه نائب يمـــثله ووقف سريان التقادم في ظل القانون المدنى الملغى ، اعتبر التقادم موقوفا إلى يوم العمل بالقانون المدنى الجديد ، وبذلك يزول ســبب الوقـــف ويعـــود الـــتقادم إلى السريان في حق القاصر أو المحجـــور علـــيه من تاريخ العمل بالقانون المدنى الجديد ، أما إذا وقـــف التقادم في ظل القانون الملغى ولم يكن للقاصر أو المحجور علـــيه من يمثله قانونا يظل التقادم موقوفا حتى بعد العمل بالقانون المدنى الجديد إلى أن يعين للقاصر أو المحجور عليه نائب وعندئذ يعود التقادم إلى السريان حتى ولو كان سبب نقص الأهلية قائما [١].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إذا كانت مدة وضع اليد متداخلة بين ولاية القانون المدنى القديم والقانون الحالى فإن يجب طبقا للفقرة الثانية من المادة السابقة مـــن القـــانون المدنى إعمال نص القانون المدنى القديم على وقف الـــتقادم عـــن المـــدة السابقة على العمل بنصوص القانون المدنى الحالى" .

(طعن رقم ١٤٤ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٧/١٠/١٧)

٢- " إنه وإن نصت المادة ٢/٣٨٢ من القانون المدنى على أن الـــتقادم الـــذى تزيد مدته على خمس سنوات لايسرى في حق من

---

(١) المستشار محمد عبد اللطيف ص١٣٩ هامش (١) .

لاتـــتوافر فـــيه الأهلية إذا لم يكن له نائب يمثله ، مما مؤداه سريان التقادم في حقه إذا كان له نائب يمثله قانونا ، إلا أن المادة ٨٤ من القـــانون المدنى القديم كانت تقضى بأن هذا التقادم لايسرى في حق عديـــم الأهلـــية أو ناقصيها على وجه الإطلاق ، ولو كان له نائب يمـــثله قانونا ، ومن ثم فإذا كانت مدة وضع اليد متداخلة بين ولاية القـــانون المدنى القديم والقانون الحالى ، فإنه يجب وفقا للمادة ٢/٧ من القانون المدنى الحالى إعمال حكم المادة ٨٤ من القانون المدنى القديـــم بشـــأن وقـــف التقادم على المدة السابقة على تاريخ العمل بالقـــانون المدنى الحالى . لما كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه قـــد انتهى إلى سريان التقادم في حق الطاعنة خلال المدة من سنة ١٩٣٥ إلـــى سنة ١٩٤٧ ، وهى المدة التى كانت فيها قاصرا على أســـاس أنه كان لها نائب يمثلها قانونا ، وذلك عملا بالمادة ٢/٣٨٢ مـــن القـــانون المدنى الحالى ، وكانت هذه المدة سابقة على العمل بأحكـــام هـــذا القـــانون . فإنـــه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه".

(طعن رقم ٢٨ لسنة ٤١ ق جلسة ١٩٧٥/٤/٢٣)

كما كان التقنين المدنى السابق يقصر حكمه على الشخص الذى لاتـــتوافر فيه الأهلية ، ولكن الشارع في التقنين الحالى ساوى في هـــذا الخصـــوص بيـــنه وبين الغائب والمحكوم عليه بعقوبة جناية

لاتحـــاد العلـــة ، حيث يقوم بالنسبة إلى أى من هؤلاء جميعا مانع يتعذر معه عليه أن يطالب بحقه .

ولذلـــك نجـــد المـــادة ٧٨ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكـــام الولايـــة على المال تنص على أنه : " يسرى على القوامـــة والوكالـــة على الغائبين الاحكام المقررة في شأن الوصاية علـــى القصـــر " ، ويســـرى " على القوامة والوكلاء عن الغائبين الأحكـــام المقـــررة في شأن الأوصياء " ، وذلك يقتضى أن تعامل أمـــوال الغائـــب كأموال القاصر من حيث وقف التقادم حتى تنتهى الغيـــبة بزوال سببها أو بموت الغائب أو الحكم باعتباره ميتا فعندئذ يستأنف التقادم سيره ويستكمل مدته .

كما أن المادة ٢٥ من قانون العقوبات تقضى بحرمان المحكوم علـــيه بعقوبـــة جناية من إدارة أمواله مدة سجنه ، وبأن يعين لهذه الإدارة قـــيم تقـــره المحكمـــة المدنية التابع لها محل إقامته ، وبأنه لايستطيع التصرف في أمواله إلا بإذن من هذه المحكمة . فمركزه شبيه إلى حد بعيد بمركز المحجور عليه ، فضلا عن كونه في حالة اســـتحالة قانونـــية تحول بينه وبين المطالبة بحقه ، ومن ثم وجب إيقاف مدة التقادم بالنسبة إليه [١].

---

(١) محمد على عرفه ص ٢٨٣ .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"مفــاد نــص المادة ٨٤ من القانون المدنى السابق – الذى بدأ الــتقادم في ظله– والمادة ٩٧٤ من القانون المدنى القائم ، والفقرة الثانــية مــن المــادة ٣٨٢ من هذا القانون الواردة في شأن التقادم المســقط والــتى تسرى على التقادم المكسب طبقا للمادة ٩٧٣ من القــانون المذكــور مفــاد هذه النصوص أن القانون المدنى السابق وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة قد وضع قاعدة عامة تقضى بــأن التقادم المكسب للملكية بنوعيه لايسرى في حق القاصر وتقف المدة بالنسبة إليه حتى يبلغ سن الرشد ولو كان له من يمثله قانونا، أمــا القانون المدنى القائم فإنه يقضى بأن التقادم المكسب أيا كانت مدتــه يســرى فــي حق القاصر إذا كان له نائب يمثله وهو حكم استحدثه المشرع مراعيا فيه أن وجود النائب ينتفى معه المانع الذى يدعو إلى وقف التقادم ، فإذا لم يكن للقاصر نائب يمثله فإن التقادم لايســرى في حقه لأنه في هذه الحالة يقوم المانع الذى تتعذر معه المطالــبة بــالحق وهذا الحكم المستحدث ليس له أثر رجعى وإنما يســرى مــن وقت العمل بالقانون المدنى القائم في ١٩٤٩/١٠/١٥ وفقــا لمــا تــنص عليه المادة السابعة من هذا القانون . ولما كان الطاعن الأول قد تحدى بأنه كان قاصرا عند شراء الماكينة "ماكينة الطحيــن والــرى " محل النزاع في سنه ١٩٣١ وأنه لم يبلغ سن الرشــد إلا فــي ســنة ١٩٤٤ ، وقضــى الحكم المطعون فيه بأن المطعــون عليه الأول قد تملك نصيب الطاعن المذكور في الماكينة

بوضـــع الـــيد المكسب للملكية بالمدة الطويلة دون أن يعنى بمناقشة هـــذا الدفاع الجوهرى وبيان أثره على اكتمال مدة التقادم ، لما كان ذلك فإن الحكم يكون معيبا بالقصور في التسبيب ".

(طعن رقم ٢٥٩ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٧/١/٤)

وعلـــى ذلـــك فإن التقادم يقف بالنسبة للقصر حتى يبلغون سن الرشد .

ويقف بالنسبة للمحجور عليهم حتى يزول سبب الحجر .

ويقـــف الـــتقادم ولو لم يعلن قرار الحجر ، لأنه لايجوز تعليق وقف التقادم على إتمام إجراءات لم يفرضها القانون [1].

٢٢٩ـ وقف التقادم لايتعدى ناقص الأهلية :

وقف التقادم لمصلحة ناقص الأهلية هو سبب شخصى يتعلق بـــه فلا يتعداه إلى غيره من كاملى الأهلية الذين يسرى التقادم فى حقهـــم مـــادام محل الالتزام قابل للانقسام . والمطالبة بتثبيت ملكية أرض على الشيوع هو طلب بطبيعته قابل للانقسام والتجزئة[2].

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" كمـــا كـــان وقـــف الـــتقادم لمصلحة ناقص الأهلية هو سبب شخصـــى مـــتعلق به فلا يتعداه إلى غيره من كاملى الأهلية الذين يســـرى التقادم فى حقهم مادام أن محل الالتزام قابل للانقسام ، وإذ

---

(١) محمد كامل مرسى ص ٣٥٢ .

(٢) السنهورى ص ١٤١٩ وما بعدها .

كـــان الثابت من مدونات الحكم أن من بين الورثة المطعون ضدهم مـــن كـــان قاصـــرا ومنهم من كان بالغا رشيدا ، وكان موضوع الدعـــوى تثبيـــت ملكيـــتهم لقطعة أرض على الشيوع فإن الطلب بطبيعـــته قـــابل للانقســـام والتجزئة ، ومن ثم فإن التقادم المكسب الطويل لايقف إلا بالنسبة للقاصرمنهم ويستمر سارياً بالنسبة للبالغ ، وإذ خـــالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وحجب نفسه عن تحقيق دفـــاع الطاعنيـــن بـــتملكهم أرض النزاع بوضع يدهم عليها المدة الطويلـــة المكســـبة للملكية بمقولة إن التقادم يقف بالنسبة لجميعهم يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه " .

(طعن رقم ٢٧٥ لسنة ٤١ ق جلسة ١٩٧٥/١٢/٨)

صور لبعض الموانع من التقاضى :

٢٣٠ـ (أ) العلاقة ما بين الأصيل والنائب :

رأينا أن الفقرة الأولى من المادة ٣٨٢ مدنى تنص في عجزها علـــى أنـــه : " وكذلك لايسرى التقادم فيما بين الأصيل والنائب" . فالعلاقـــة ما بين الأصيل والنائب مانع يقف سريان التقادم بصريح الـــنص . ويدخـــل في ذلك العلاقة ما بين الموكل والوكيل مادامت الوكالـــة قائمـــة، وذلـــك في حدود أعمال الوكالة ، كما يدخل فيها العلاقة ما بين الولى أو الوصى أو القيم وكل من ناقص الأهلية أو المحجور عليه مادام القصر والحجر قائما ، وكذلك تدخل العلاقة ما بيـــن الشـــخص المعـــنوى والمدير ، مادامت صفة الإدارة قائمة

وعلاقـــة المخـــدوم بالخادم طوال مدة التعاقد إذ بين كل من أولئك وهــؤلاء صلة تبعث على الاحترام أو الثقة أو الرهبة ، يتعذر معها على صاحب الحق أدبيا أن يطالب بحقه [1].

وقــد جاء بمذكرة المشـروع التمهيدى عن المـادة ٣٨٢ مدنى ما يأتى :

"... وتطبيقا لهذا الحكم يقف سريان التقادم بين الزوج وزوجه، مـــا بقيـــت الزوجـــية قائمة ، وبين المحجور عليه ومن ينوب عنه قانونـــا ، مـــا بقى هذا قائما على الإدارة ، وبين الشخص المعنوى ونائـــبه ، ما بقيت النيابة قائمة ، وبين الموكل والوكيل ، فيما يدخل فـــي حدود التوكيل ، وبين السيد والخادم طوال مدة التعاقد لأن بين كـــل مـــن أولـــئك وكل من هؤلاء على التوالى ، صلة تبعث على الاحترام والثقة أو الرهبة، يستحيل معها على الدائن أدبيا أن يطالب بحقه " [2].

وتقديـــر وقف سير التقادم في هذا الخصوص مسألة موضوعية يجـــب فـــيها بحـــث كل حالة على حدتها ، فمن واجب القاضى أن يبحـــث مدى هذه العلاقة وأن يقدر ما إذا كانت مانعة أو غير مانعة مـــن المطالـــبة بالحق ، لأن التقادم إنما شرع لمصلحة عامة وهى صـــيانة الأوضـــاع المستقرة ، وعلى ذلك فإنه يجب مراعاة منتهى

---

(١) المستشار محمد على حسن ص ٥٣ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ٣٢٩ .

الدقـــة عـــند الحكم ، فلا يقضى به القاضى إلا إذا توافر لديه قيام المانع الأدبى الذى تعذر على الدائن بسببه المطالبة بحقه .

وترتيبا على ذلك قضت محكمة النقض بأن :

" إذا قـــررت المحكمة أن قيام النزاع بين الموكل والوكيل على عنصر من عناصر الحساب بينهما لايعتبر عائقا يمنع من المطالبة بـــتقديم الحساب ويقف مدة تقادم دعوى طلبه ، واستدلت على ذلك بـــأن الوكيل سبق له تقديم الحساب في قضية أخرى عن مدة سابقة قبل تصفية ذلك النزاع ، فلا يكون جكمها مخالفا للقانون " .

(طعن رقم ٦٠ لسنة ١٧ ق جلسة ١٩٤٨/١٠/٢١)

أمـــا بالنسبة لموظفى الحكومة ومستخدميها وهم يؤدون خدمات عامـــة فلا يمكن أن تكون علاقتهم مع الحكومة سببا لوقف سريان التقادم لأن الحكومة لاتسيطر على موظفيها السيطرة التى تبعث في أنفســـهم الرهبة التى تمنعهم من المطالبة بحقوقهم ، هذا فضلا عن أنـــه قد أصبح للموظفين العموميين الحق في مقاضاة الحكومة أثناء مـــدة خدمتهم أمام محكمة القضاء الإدارى إذا هى أخلت بالتزاماتها الـــتى توجـــبها القوانين واللوائح ، الأمر الذى يقطع بأن الصلة بين الحكومة وموظفيها لاتقوم على الرهبة أو الطاعة العمياء [1].

---

(١) المستشـــار محمد عبد اللطيف ص ١٣٧ - المستشار محمد على حسن ص ٥٣ .

وترتيبا على ذلك قضت محكمة النقض بأن :

١- اتهام العامل وتقديمه للمحاكمة لايعتبر مانعا يتعذر معه رفع دعواه بطلب الأجر والمكافأة .

إذ ذهبت محكمة النقض إلى أن :

(أ) " إذا كـــان اتهام المطعون ضده وقيام الدعوى الجنائية قبله وتقديمـــه للمحاكمة بشأن هذا الاتهام لايعتبر مانعا يتعذر معه رفع دعـــواه بطلـــب الأجـــر والتعويض عن فصله بغير مبرر وبالتالى لايصـــلح هـــو أيضـــا سببا لوقف مدة سقوطها بالتقادم وفقا للقواعد العامة فى القانون . وكان الثابت من بيانات الحكم المطعون فيه أن المطعـــون ضده فصل من عمله لدى الطاعنة فى ١٩٦٩/١٢/١٩ بينماأقام دعواه الحالية بالمطالبة بالأجر والتعويض عن الفصل بغير مـــبرر فى ١٩٧٠/١/٥ بعد انقضاء سنده بدءا من وقف انتهاء عقد العمـــل وكـــان الحكـــم المطعون فيه قد قضى برفض الدفع بسقوط الدعوى بالتقادم كنص المادة ٦٩٨ من القانون المدنى فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون ".

(طعن رقم ٣٩٦ لسنة ٤١ ق جلسة ١٩٧٧/١٢/٣١)

(ب)- " جرى قضاء هذه المحكمة على أن اتهام العامل وتقديمه للمحاكمة بشأن هذا الاتهام وقيد الدعوى الجنائية قبله لايعتبر مانعا يتعذر معه رفع دعواه بطلب الأجر والمكافأة وبالتالى لايصلح سببا لوقف مدة سقوطها بالتقادم وفقا للقواعد العامة في القانون ".

(طعن رقم ٩١٢ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٧٩/١١/٢٩)

٢ـ اتخاذ العامل إجراءات الالتجاء إلى مكتب العمل ورفع الدعوى المستعجلة لإيقاف تنفيذ قرار فصله لايعتبر مانعا يتعذر معه رفع دعوى التعويض عن الفصل التعسفى .

إذ ذهبت محكمة النقض إلى أن :

" اتخاذ العامل إجراءات الالتجاء إلى مكتب العمل ورفع الدعوى المستعجلة لإيقاف تنفيذ قرار فصله لايعتبر مانعا يتعذر معه رفع دعوى التعويض عن فصله وبالتالى لاتصلح سببا لوقف مدة سقوطها بالتقادم وفقا للقواعد العامة في القانون إذ أن رفع الدعوى المستعجلة لايمنع من رفع دعوى الموضوع التى لايترتب على رفعها في هذه الحالة سقوط الطلب المستعجل ولاتعتبر إقامة دعوى التعويض عن الفصل التعسفى استمرار للإجراءات السابقة بشأن وقف تنفيذ قرار الفصل ولايتسع لها نطاقها " .

(طعن رقم ٧٣٥ لسنة ٤١ ق جلسة ١٩٧٧/١/١٦)

(ب) المانع القانونى من المطالبة بالحق :

قد يكون المانع من المطالبة بالحق قانونيا ، ومثل ذلك حالة اتحاد الذمة ، فإذا أصبح الحائز مالكا فترة من الزمن ، ثم زالت عنه الملكية بأثر رجعى لسبب من الأسباب ، كما لو اشترى العقار من المالك ثم أبطل أو فسخ عقد البيع ، فإن التقادم يقف طوال هذه

الفـــترة التى تحقق اتحاد الذمة في خلالها فلا تدخل في حساب مدة التقادم . ولايعترض على هذا بأن الأثر الرجعى للإبطال أو الفسخ يعـــنى أن الحائز لم يكن مالكا قط وأن الملكية ظلت للبائع لم تزل عـــنه ، وبالـــتالى يعتبر اتحاد الذمة أنه لم يتحقق ، لأن فكرة الأثر الرجعى افتراض يلجأ إليه الشارع في ضوء ظروف التعاقد والنية المحـــتملة للمتعاقديـــن كـــى ينظم مصير التصرفات التى ترد على الشـــيء محـــل العقـــد أثناء الفترة التى قام العقد خلالها ، ومن ثم ينحصـــر الأخـــذ بهـــذه الفكـــرة فـــي هذا النطاق ، فلا ينطبق في خصوص التقادم(١) .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى عن المادة ٣٨٢ ما يأتى :

" وتجـــدر الإشـــارة إلى أن اتحاد الذمة مانع طبيعى من موانع ســـريان المـــدة . فإذا زال السبب الذى أفضى إلى اجتماع صفتى الدائن والمدين زوالا مستندا وعاد الدين إلى الوجود ، اعتبر التقادم قد وقف طوال الفترة التى تحقق الاتحاد في خلالها "(٢).

---

(١) عبد المنعم الصده ص ٦٠٣ مابعدها – محمد كامل مرسى ص ٣٧٢ – محمد وحيد الدين سوار ص ٦٥٢ – وقارن منصور مصطفى منصور ص ٤١٠ هـــامش (٢) إذ يرى أن شراء الحائز العقار الذى يحوزه من مالكـــه يعتـــبر إقرارا ضمنيا منه بحق المالك يترتب عليه قطع التقادم ، وبالتالى لا محل للقول بالوقف في هذه الصورة .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ٣ ص ٣٢٩ .

(ج) المانع الاتفاقى :

وهــذا المــانع الاتفاقى ، يتم بناء على اتفاق بين صاحب الحق والحائــز، كــأن يتفق الطرفان على مهلة ليقدم صاحب الحق إلى الحائز بعض المستندات التى يبين منها صدق ادعائه .

(د) جهل صاحب الحق بوجود حقه :

إذا كان صاحب الحق يجهل وجود حقه ، من غير تقصير منه، فإن مدة التقادم تحسب من تاريخ علمه بوقوع الغصب على ملكه .

فيجــب أن تقوم مبررات معقولة تدعو صاحب الحق لأن يجهل حقه جهلا تاما . وعندئذ يتحقق المانع من المطالبة .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" الجهــل باغتصاب الحق قد يكون من الأسباب الموقفة للتقادم إذا لــم يكــن ناشئا عن إهمال صاحب الحق ولاتقصيره . فإذا كان الحكم قد نفى عن صاحب الحق كل إهمال أو تقصير من جانبه في جهله باغتصاب ملكه ، فإنه لا يكون مخطئا إذ اعتبر أن مدة التقادم لاتحتسب في حقه إلا من تاريخ علمه بوقوع الغصب على ملكه".

(طعن رقم ٧ لسنة ١٧ ق جلسة ١٩٤٨/٤/٢٢)

٢- " المــانع الــذى يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه ، ويكــون ناشئا عن تقصيره لا يوقف سريان التقادم . وإذ كان الحكم قــد خلص إلى أنه وإن كانت الخطابات قد ردت إلى الشركة- رب

العمـــل - (وهـــى الخطابات المرسلة للعامل لاستئناف عمله ، ثم بـــإنذاره بـــالعودة للعمـــل . ثم بإخطاره بفسخ العقد) لأن الطاعن- العـــامل - " عزل من مسكنه ولم يترك عنوانه " إلا أن الطاعن هو الـــذى تســـبب بخطئه في عدم العلم بمضمون هذه الخطابات ، لأنه ترك مسكنه الذى أبلغ به الشركة ، وغادر البلاد ، دون أن يخطرها كـــتابة بتغييره إلا بعد فسخ العقد ، وإذ أعمل الحكم الأثر القانونى لهذه الإخطارات ورتب على ذلك عدم وقف التقادم المنصوص عليه فـــي المـــادة ٦٩٨ من القانون المدنى ، فإنه يكون قد طبق القانون تطبيقا صحيحا ".

(طعن رقم ٤٦٢ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٧٢/١/١٩)

علـــى أنه يجب التحرز من التوسع في الأخذ بهذه الفكرة كسبب لوقـــف الـــتقادم . وقـــد وجه الفقه الفرنسى نقده إلى ما ذهبت إليه محكمـــة النقض الفرنسية من أن التقادم يقف إذا كان صاحب الحق معـــذورا بالواقعـــة الـــتى تخوله المطالبة بحقه ، إذ أن اعتبار هذا الجهـــل سببا للوقف يكاد يهدم نظام التقادم ، حيث أنه لايتم التقادم عمـــلا ضـــد أشـــخاص يكونون على بينه من الاعتداء الواقع على حقوقهـــم وإنمـــا يتم ضد هؤلاء الذين يجهلون مثل هذا الاعتداء . لاســـيما ولن أساس التقادم هو استقرار المراكز الواقعية التى ظلت

مـــدة معيـــنة ، بصـــرف النظر عما إذا كان صاحب الحق يعرف الاعتداء الواقع على حقه أم يجهله [١].

(هـ) مفاوضات الصلح :

استقر الفقه والقضاء على اعتبار مفاوضات الصلح سببا لوقف ســـير التقادم ، لأن مثل هذه المفاوضات قد تتطلب تبادل المستندات بيـــن الطرفين ثم حجز مستندات كل طرف بمعرفة الطرف الآخر للاطـــلاع عليها وبحثها أو لعرضها على بعض رجال القانون مما يستلزم بعض الوقت ، وقد يعمد المدين في أثناء ذلك إلى المماطلة والتسويف في البحث أو إعطاء رأى حاسم في الموضوع أو في رد المســـتندات فمن العدل والمنطق أن يوقف سريان مدة التقادم أثناء ذلك [٢].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إنـــه وإن كانـــت المادتـــان ٢٧٤ و ٢٧٥ من قانون التجارة الـــبحرى تشترطان لقبول دعوى المسئولية التى يرفعها المؤمن له علـــى المؤمـــن بخصوص تلف البضاعة أن يقوم المؤمن له بعمل

---

(١) عـــبد المنعم الصده ص ٦٠١ ومابعدها – المستشار محمد عبد اللطيف ص ١٣٨ .

(٢) المستشار محمد عبد اللطيف ص ١٣٨ – المستشار على أحمد حسن ص ٥٤ ومابعدها .

احـتجاج في ظرف ثمان وأربعين ساعة من تاريخ تسلم البضاعة علـى أن يتبع ذلك برفع الدعوى في خلال واحد وثلاثين يوما من تاريخ هذا الاحتجاج ، إلا أنه من المقرر أن المفاوضات الدائرة بين الطرفين توقف ميعاد رفع الدعوى، ولايستأنف الميعاد سيره إلا من تـاريخ حـبوط المفاوضات بإفصاح المؤمن بشكل قاطع جازم من عدم مسئوليته عن تلف البضاعة ".

(طعن رقم ٣٩٧ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٤/٣/٢٦)

٢٣١ ـ الإفلاس لايوقف التقادم :

حالة الإفلاس لايترتب عليها وقف سريان التقادم بالنسبة لحقوق المفلـس ضـد الغـير أو حقـوق الدائنين ضد المفلس ، لأن حكم الإفـلاس لايمنع دائنى المفلس من اتخاذ الإجراءات القانونية التى تقطع التقادم ، فإذا أرادوا الحصول على حقوقهم من أموال المفلس فمـا عليهم إلا التقديم في التفليسة بديونهم وعرضها على التحقيق ، وفى هذه الحالة يعتبر التقديم بالدين بمثابة إقامة الدعوى للمطالبة به ويترتب عليه ذات الآثار وفى مقدمتها قطع التقادم ، وسريان الفوائد القانونـية غير أن هذه الفوائد لاتسرى في مواجهة جماعة الدائنين وإنمـا فـي مواجهة المفلس وحده بحيث يجوز للدائنين مطالبته بها بعد قفل التفليسة .

أما دعاوى المفلس ضد مدينيه فيباشرها أمين التفليسة ، ولجب هذا الأخير المطالبة بحقوق المفلس وقبضها والتخالص عنها (١).

٢٣٢ ـ الأثر الذى يترتب على وقف التقادم :

١- ضم المدة السابقة على الوقف إلى المدة اللاحقة له :

يترتب على وقف التقادم ، أن المدة التى وقف التقادم خلالها لاتحسب ضمن مدة التقادم ، وإنما تحسب المدة السابقة والمدة اللاحقة . فالمدة السابقة على الوقف تبقى معلقة حتى يزول سببه ، فإذا زال يعود سريان المدة ، وتضاف المدة السابقة إلى المدة اللاحقة . فلو فرضنا أن مدة التقادم هى خمس عشرة سنة وترك المالك عقاره في يد الحائز دون أن يطالب به مدة عشر سنوات ، ثم توفى ، وورثه قاصر لم يعين له وصى ، وقف سريان التقادم من تاريخ وفاة المورث حتى تاريخ بلوغ القاصر سن الرشد ، فإذا بلغ القاصر سن الرشد ، بعد سنتين من وفاة المورث ، فإن مدة وقف التقادم تكون منحصرة في هذه الفترة ، وبانقضائها يبقى أمام الوارث خمس سنوات ، يستطيع أن يطالب في خلالها بحقه ، فإذا انقضت دون مطالبة ، اكتسب الحائز ملكية العقار بالتقادم (٢).

---

(١) المستشار محمد عبد اللطيف ص ١٣٤ – السنهورى ص ١٤٢٠ هامش (٢) – محمد كامل مرسى ص ٣٧٣ وما بعدها .

(٢) السنهورى ص ١٤٢٣ ومابعدها – محمد وحيد الدين سوار ص ٦٥٣.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" وقـد رئى أن أثر وقف التقادم أظهر من أن يحتاج إلى نص خـاص ، فالفترة التى يقف التقادم في خلالها لاتحتسب ضمن المدة المسقطة (المادة ٢٠٥ من التقنين الألمانى) [١].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" القاعدة الصحيحة في احتساب مدة التقادم ألا تحسب المدة التى وقف سيره خلالها ضمن مدة التقادم وإنما تعتبر المدة السابقة على الوقـف معلقة حتى يزول سبب الوقف فإذا زال يعود سريان المدة وتضاف المدة السابقة إلى المدة اللاحقة " .

(طعن رقم ٤٥١ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٤/١١/١٩)

ويختلف الوقف عن الانقطاع في أمرين :

الأول : أنـه يترتـب على انقطاع المدة ضياع ما فات منها ، وإعادة سريان المدة من جديد .

الـثانى : أنه قد يترتب على الانقطاع في بعض الحالات تغيير شـروط الـتقادم ومواعـيده ، أمـا الوقف فلا يغير هذه الشروط والمواعيد ، فإذا زال سبب الوقف عاد نفس التقادم في السريان من جديد [٢].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ٣٢٩ .

(٢) محمد كامل مرسى ص ٣٧٦ .

٢٣٣- الوقف مقصور على من تقرر لصالحه :

لايتمسك بوقف سير التقادم إلا الشخص الذى تقرر الوقف لصالحه ، كما لايسرى الوقف إلا على الأشخاص الذين خول القانون التمسك ضدهم به .

وعلى ذلك لايجوز لأحد الشركاء على الشيوع أن يتمسك بوقف التقادم لسبب خاص يتعلق بالشريك الآخر وكذلك إذا تقرر وقف التقادم لصالح صاحب حق الانتفاع فلا يستفيد من ذلك مالك الرقبة.

وإذا وقف سير التقادم لصالح أحد الدائنين المتضامنين بأن كان مثلا ناقص الأهلية وليس له من يمثله قانونا ، فإن التقادم يقف بالنسبة إليه وحده دون باقى الدائنين المتضامنين ممن لايقوم بهم سبب لوقف التقادم ، لأن أسباب وقف التقادم تقوم على اعتبارات ذاتية ، وعلى ذلك فيقتصر الأثر على من قام بشخصه سبب الوقف(١).

ولايستفيد خلفاء من لا أهلية له من وقف التقادم الحاصل لمصلحته .

---

(١) محمد كامل مرسى ص ٣٧٦ ومابعدها – المستشار محمد عبد اللطيف ص ١٤٢ ومابعدها .

٢٣٤- حالة عدم قابلية الحق للانقسام :

إذا تعدد المدينون في التزام غير قابل للإنقسام ، فإن طبيعة عدم تجـزئة المحل تقتضى أنه إذا وقف التقادم بالنسبة إلى أحد المدينين في التزام غير قابل للتجزئة أن يقف التقادم بالنسبة إلى الآخرين .

وكذلــك أيضا فإنه لما كان حق الارتفاق غير قابل للتجزئة فقد نصــت المادة ١٠٢٧/ ٢٠ مدنى على أنه إذا ملك العقار المرتفق به عــدة شــركاء علــى الشيوع فانتفاع أحدهم بالارتفاق يقطع التقادم لمصلحة الباقين ، كما أن وقف التقادم لمصلحة أحد الشركاء يجعله موقوفا لمصلحة سائرهم [١].

---

(١) محمــد كامل مرسى ص ٣٧٧ ومابعدها – المستشار محمد عبد اللطيف ص ١٤٣ – عبد المنعم الصده ص ٦٠٧ .

مــادة (٩٧٥)

١- يــنقطع الــتقادم المكسب إذا تخلى الحائز عن الحيازة أو فقدها ولو بفعل الغير .

٢- غــير أن التقادم لاينقطع بفقد الحيازة إذا استردها الحائز خلال سنة أو رفع دعوى باستردادها في هذا الميعاد .

الشرح

٢٣٥ـ المقصود بانقطاع التقادم :

Interruption de la prescription أن تســقط مــدة التقادم السارية بسبب معين . فإذ بدأ بعد ذلك سريان التقادم كان هذا تقادما جديــدا لاتحسب فيه المدة السابقة على الانقطاع ، وهذا هو الفارق بيــن وقــف الــتقادم وانقطاعه إذ أنه بعد زوال سبب الوقف يعود الــتقادم يسرى كما كان فتدخل في حساب مدته الفترة السابقة على الوقف [١].

٢٣٦ـ أسباب قطع التقادم :-

رأيــنا أن المــادة ٩٧٣ مدنى تنص على سريان قواعد التقادم المسقط على التقادم المكسب فيما يتعلق بانقطاع التقادم بالقدر الذى لاتتعارض فيه هذه القواعد مع طبيعة التقادم المكسب .

---

(١) عبد المنعم الصده ص ٦٠٧ – منصور مصطفى منصور ص ٤١١.

وأسباب الانقطاع هذه التى نص عليها في التقادم المسقط يطلق عليها (الانقطاع المدنى) .

ثـم نصـت المادة ٩٧٥ الواردة في التقادم المكسب على سبب لقطـع الـتقادم المكسب لا مقابل له في التقادم المسقط وهو زوال الحيازة. ويطلق على هذا السبب (الانقطاع الطبيعى) .

ونعرض لأسباب قطع التقادم بالتفصيل فيما يلى .

أولاً : الانقطاع المدنى للتقادم

٢٣٧ـ النص القانونى :

المادة ٣٨٣ مدنى :

ينقطع التقادم بالمطالبة القضائية ولو رفعت الدعوى إلى محكمة غير مختصة ، وبالتنبيه ، وبالحجز ، وبالطلب الذى يتقدم به الدائن بقـبول حقـه فـي تفليس أو في توزيع وبأى عمل يقوم به الدائن للتمسك بحقه أثناء السير في إحدى الدعاوى .

فهذه المادة تنص على أسباب قطع التقادم وهى :

١- المطالـبة القضـائية ولو رفعت الدعوى إلى محكمة غير مختصة .

٢- التنبيه .

٣- الحجز

٤- الطلـــب الـــذى يتقدم به الدائن لقبول حقه في تفليس أو في توزيع .

٥- أى عمل يقوم به الدائن للتمسك بحقه أثناء السير في إحدى الدعاوى .

ونعرض لهذه الأسباب تفصيلا فيما يلى .

(السبب الأول)

(المطالبة القضائية)

٢٣٨ـ المقصود بالمطالبة القضائية :

المقصـــود بالمطالـــبة القضائية صحيفة الدعوى ، التى تتضمن مطالبة صاحب الحق بحقه . فهى عبارة عن صحيفة الدعوى التى يوجههـــا صاحب الحق العينى أو نائبه إلى الحائز أو نائبه ، والتى يتوافر فيها معنى طلب الحق المراد استرداده .

ويجـــب التوســـع فـــي معنى المطالبة القضائية ، فهذه العبارة تشـــمل كل طلب يقدم أمام القضاء . ومن ثم ينصرف معناها أيضا إلى المطالبة بهذا الحق من طريق طلب عارض يتقدم به المدعى أو المدعـــى علـــيه أثناء نظر دعوى أصلية ، أو من طريق اختصام الغـــير، أو مـــن طريق التدخل في الدعوى . ففى كل هذه الصور تـــتوفر المطالبة القضائية التى ينقطع بها التقادم ، ولهذا وردت في

نهايـــة الـــنص عـــبارة عامة تفيد انقطاع التقادم بأى عمل يقوم به صاحب الحق للتمسك بحقه أثناء السير في إحدى الدعاوى [١].

٢٣٩- يجب أن يـتوافر في المطالبة القضائية معنى الطلب الجازم بالحق الذى يراد استرداده :

لكـــى تكون المطالبة القضائية قاطعة للتقادم ، يجب أن يتوافر فيها معنى الطلب الجازم بالحق الذى يراد استرداده.

فصـــحيفة الدعـــوى المـــرفوعة بحق ما لا تعد قاطعة إلا في خصـــوص هذا الحق وما التحق به من توابعه مما يجب بوجوبه أو يســـقط بسقوطه ، فإذا تغاير الحقان ، أو تغاير مصدرهما فالطلب الحاصـــل بأحدهمـــا لايكـــون قاطعا لمدة التقادم بالنسبة إلى الحق الآخر [٢].

فقد قضت محكمة النقض بأن .

١- "يشترط في المطالبة القضائية التى تقطع التقادم المسقط – وعلـــى مـــا جـــرى به قضاء هذه المحكمة – أن يتوافر فيها معنى الطلـــب الجـــازم بـــالحق الذى يراد اقتضاؤه ولهذا فلا تعد صحيفة الدعوى المرفوعة بحق ما قاطعة للتقادم إلا في خصوص هذا الحق

---

(١) المستشـــار علـــى أحمـــد حسن ص ٦٢ – عبد المنعم الصده ص ٦١١ ومابعدها – منصور مصطفى منصور ص ٤١٣ – محمد كامل مرسى ص ٢٥٢ ومابعدها .

(١) المستشار على أحمد حسن ص ٦٢ ومابعدها .

ومـــا التحق به من توابعه مما يجب بوجوبه أو يسقط بسقوطه فإن تغايـــر الحقـــان أو تغايـــر مصدرهما ، فالطلب الحاصل بأحدهما لايكون قاطعا لمدة التقادم بالنسبة للحق الآخر . لما كان ذلك وكانت صـــحيفة دعـــوى إلغـــاء البروتستات لاتحمل معنى الطلب الجازم بالتعويض إذ اكتفى الطاعن فيها بأن يحتفظ لنفسه بالحق في مطالبة المطعـــون عليهما بالتعويض عما أصابه من توقيع هذه البروتستات وكان هذا التعويض لايعتبر من توابع طلب إلغاء البروتستات الذى كـــان مطلوبـــا فـــي الدعوى السابقة بالمعنى السالف تحديده إذ أنه لايجـــب بوجوبه ولايسقط بسقوطه ، وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر فإنه لايكون قد أخطأ في تطبيق القانون .

(طعن رقم ٤٣٢ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٦/١٢/١٤)

٢- " يشـــترط في المطالبة القضائية التى تقطع التقادم المكسب أن يـــتوافر فيها معنى الطلب الجازم بالحق الذى يراد استرداده فإن صـــحيفة الدعوى المرفوعة بحق ما لا تعد قاطعة إلا في خصوص هـــذا الحـــق ومـــا التحق به من توابعه مما يجب بوجوبه أو يسقط بسقوطه . فإذا تغاير الحقان ، أو تغاير مصدرهما فالطلب الحاصل بأحدهمـــا لا يكـــون قاطعا لمدة التقادم بالنسبة إلى الحق الآخر وإذ كـــان الواقـــع أن المطعون عليهم الستة الأول أقاموا ضد الطاعن الدعـــوى رقـــم ... لسنة .... مدنى كلى القاهرة وطلبوا بصحيفتها

المعلـنة إلـيه فـي ١٩٥٣/٥/١٩ الحكم بثبوت ملكيتهم لحصة في المـنزل . ثـم عدلـوا طلباتهم في ١٩٥٧/٣/١١ إلى طلب بطلان الحكم برسو مزاد المنزل على الطاعن بالنسبة لهذه الحصة استنادا إلـى أن إجـراءات نـزع الملكية قد اتخذت ضد وصى عليهم بعد عزله، وهو ما يفيد نزولهم عن الطلبات الواردة بصحيفة الدعوى ، وكـان الحـق موضوع تلك الطلبات المعدلة يغاير الحق في ملكية الحصـة موضـوع النزاع والمدعى اكتسابها بالتقادم ، فإنه يترتب علـى ذلـك الـتعديل زوال أثر الصحيفة في قطع التقادم ، ويعتبر الانقطاع كأن لم يكن ، والتقادم الذى كان قد بدأ قبل رفعها مستمرا فـي سريانه . وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون "

(طعن رقم ١٤٢ لسنة ٤٠ ق جلسة ١٩٧٨/٢/٢)

٣- " يشـترط في المطالبة القضائية التى تقطع التقادم المسقط أن يتوافر فيها معنى الطلب الجازم بالحق الذى يراد اقتضاؤه ولهذا لاتعتـبر صـحيفة الدعـوى المـرفوعة بحق ما قاطعة له إلا في خصـوص هذا الحق وما التحق به من توابعه مما يجب بوجوبه أو يسـقط بسـقوطه فـإن تغاير الحقان أو تغاير مصدرهما فالطلب الحاصل بأحدهما لا يكون قاطعا لمدة التقادم بالنسبة للحق الآخر ، وإذ كانـت صـحيفة الدعوى السابقة لا تحمل معنى الطلب الجازم

بمتأخر الأجر والعمولة والمنحة السنويـــة التى يطالب بها الطاعن في دعواه الحالية وكانت هذه الحقوق لاتعتبر من توابع طلب إلغاء قــرار فصله الذى كان مطلوبا في الدعوى السابقة بالمعنى السالف تحديـــده فـــإن تلك الدعوى لا يكون من شأنها قطع سريان التقادم بالنسبة إلى هذه الحقوق إذ أنها لاتجب بوجوبه ولاتسقط بسقوطه ".

(طعن رقم ٤٣٥ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٨/٤/٢٢)

٤- " المطالـــبة القضـــائية التى تقطع مدة التقادم هى المطالبة الصـــريحة الجازمـــة أم القضاء بالحق الذى يراد اقتضاؤه . ولما كانت مطالبة البنك الطاعن من القضاء بتسليمه صورة تنفيذية ثانية مـــن أمـــر الأداء السابق صدوره لصالحه على المطعون ضدهما- وإن كانت تمهد للتنفيذ به - إلا أنها لاتعتبر مطالبة صريحة بالحق المثبـــت فـــي أمر الأداء والمهدد بالسقوط ، ولاتنصب على أصل الحق بل هى تعالج صعوبة تقوم فيسبيل الطاعن الذى فقد الصورة التنفـــيذية الأولـــى مـــن أمر الأداء المشار إليه . فالحق في استلام صـــورة تنفيذية ثانية يغاير الحق الصادر به الأمر، ومن ثم فلا أثر لهذه المطالبة به انقطاع مدة التقادم " .

(طعن رقم ٢١٥ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٧٩/٤/٣٠)

٥- " المقرر في قضاء هذه المحكمة أن التقادم ينقطع بالمطالبة القضـــائية أى الطلب المقدم فعلا للمحكمة الجازم بالحق الذى يراد

استرداده في التقادم المملك أو بالحق الذى يراد اقتضاؤه في التقادم المبرئ من الحق أو ما ألحق به من توابعه مما يجب لزوما بوجوبه أو يسقط كذلك بسقوطه " .

(طعن رقم ١٧٢٢ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨٤/٤/١٧)

٦- " النص في المادة ٣٨٣ من القانون المدنى على أن " ينقطع التقادم بالمطالبة القضائية ولو رفعت الدعوى إلى محكمة غير مختصة وبالتنبيه وبالحجز وبالطلب الذى يتقدم به الدائن لقبول حقه في تفليس أو في توزيع وبأى عمل يقوم به الدائن للتمسك بحقه أثناء السير في أحد الدعاوى " يدل - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - على أن المطالبة القضائية التى تقطع مدة التقادم هى المطالبة الصريحة الجازمة أمام القضاء بالحق الذى يراد اقتضاؤه ولهذا فإن صحيفة الدعوى المتضمنة المطالبة بحق ما لا تقطع التقادم إلا في خصوص هذا الحق وما التحق به من توابعه مما يجب بوجوبه أو يسقط بسقوطه فإن تغاير الحقان أو تغاير مصدرهما فإن رفع الدعوى بطلب أحدهما لايترتب عليه انقطاع التقادم بالنسبة للحق الآخر .... إلخ " .

(طعن رقم ١٧٢٨ لسنة ٥٢ ق جلسة ١٩٨٦/٤/٢٢)

٧- " مفاد النص في المادتين ٣٨٣، ٣٨٤ من القانون المدنى أن التقادم ينقطع بالمطالبة القضائية وبأى عمل يقوم به الدائن

للتمسك بحقه أثناء السير في إحدى الدعاوى أو إذا أقر المدين بحق الدائـــن إقرارا صريحا أو ضمنيا، وأن المقصود بالمطالبة القضائية هو مطالبة الدائن لمدينه مطالبه صريحه جازمة بالحق قضاء وهو مـــا يـــتم بطريق رفع الدعوى لاستصدار حكم بإجبار المدين على الوفـــاء بما التزم به ، كما أنه يشترط في الإجراء القاطع للتقادم إذا صدر من الدائن أن يكون في مواجهة مدينه للتمسك بحقه قبله وذلك أثناء السير في دعوى مقامه من الدائن أو من المدين وتدخل الدائن خصما فيها ، أما إذا صدر الإجراء من المدين فيشترط أن يتضمن إقرارا صريحا أو ضمنيا بحق الدائن ، لما كان الطاعنان قد تمسكا بـــتملكهما عيـــن الـــنزاع – والتى يطالب المطعون ضده بريعها – بوضـــع اليد المدة الطويلة المكسبة للملكية ، وكانت الدعوى ٥٣٦ سنة ١٩٧٧ مدنى أرمنت الجزئية التى أقامتها الطاعنة الأولى على المطعـــون ضـــده بطلب الحكم بصورية عقده المسجل برقم ٤٩٩١ ســـنة ١٩٦٧ شهر الأقصر صورية مطلقة بالنسبة للمساحة المبينة بـــتلك الدعـــوى لـــيس من شأنها أن تقطع سريان التقادم السارى لمصلحة الطاعنين بتملكهما الأرض موضوع النزاع بالتقادم الطويل المكســـب ، باعتبار أن هذا التقادم لاينقطع بعمل من قبل الحائز بل بالطلب من صاحب الحق الواقع فعلا للمحكمة والجازم بالحق الذى يراد استرداده .... الخ ".

(طعن رقم ٧٩١٩ لسنة ٦٣ ق جلسة ١٩٩٤/١٠/٢٥)

٨- "المقرر أن التقادم ينقطع وفقا لحكم المادة ٣٨٣ من القانون المدنـــى بالمطالـــبة القضائية أو بكل إجراء يقوم به الدائن للمطالبة بحقـــه فـــي مواجهة مدينه أمام الجهة التى أناط بها الشارع الفصل فيما قد ينشأ من نزاع بشأنه ويترتب عليه ذات آثار تلك المطالبة" .

(طعن رقم ١٤٤٣ لسنة ٦١ ق جلسة ٢٠٠٠/٥/٩- لم ينشر بعد)

وترتيبا على ما تقدم قضت محكمة النقض بأن :

" المطالـــبة أمـــام القضاء المستعجل بتسليم صورة تنفيذية من السند التنفيذى وإن كانت تمهد للتنفيذ إلا أنه لايستنتج منها المطالبة الصـــريحة بالحق المهدد بالسقوط ولاتنصب على أصل الحق ، إذ هـــى تعـــالج صـــعوبة تقوم في سبيل صاحب الحق الذى فقد سنده التنفيذى فلا أثر لها في انقطاع سير التقادم " .

(طعن رقم ٤٥١ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٤/١١/١٩)

وإذا رفـــع المدعى دعوى موضوعية أمام القضاء المستعجل، وحكمـــت المحكمـــة المستعجلة فيها بعدم الاختصاص لتعلق النزاع بأصل الحق ، فتعتبر صحيفة الدعوى قاطعة للتقادم ، لأننا لسنا هنا بصـــدد طلب الحكم باتخاذ إجراء وقتى ، بل إن المدعى يبغى من رفـــع الدعـــوى المطالبة بأصل الحق ، ولكنه رفع دعواه خطأ أمام القاضـــى المستعجل ، وعلى ذلك تحدث هذه الصحيفة أثرها القاطع

للتقادم بالنسبة لموضوع الحق المراد اقتضاؤه ، شأنها في ذلك شأن أى دعوى رفعت أمام محكمة غير مختصة نوعيا [1].

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" إذا رفع واضع اليد دعواه أمام القضاء المستعجل طالبا إزالة السـد موضوع النزاع وتمكينه من رى أطيانه بواسطة إزالة السد، فإن هذا الطلب إذ يعتبر بمبناه ومعناه طلبا بمنع التعرض يقطع مدة دعوى وضع اليد ولو حكمت المحكمة المستعجلة بعدم اختصاصها ، لأن رفع الدعوى أمام محكمة غير مختصة يقطع المدة . والدفع بأن التكليف بالحضور أمام قاضى الأمور المستعجلة لايقطع التقادم لأنه لايـؤدى إلا إلـى إجـراءات وقتية بقصد تأييد الحق فيما بعد فلا يسـتنتج مـنه معـنى الطلـب الواقع فعلا للمحكمة بالحق المراد اقتضاؤه- هذا الدفع لا محل له حين يكون المدعى قد رفع أمام هذا القاضى طلبا خاصا بموضوع منع التعرض " .

(طعن رقم ٢٥ لسنة ١٥ ق جلسة ١٣/١٢/١٩٤٥)

٢٤٠ـ المطالبة الجزئية بالحق :

المطالـبة بجزء من الحق تعتبر قاطعة للتقادم بالنسبة لباقى هذا الحـق مـادام أن هـذه المطالبة الجزئية تدل في ذاتها على قصد

---

(١) المستشـار محمـد عـبد اللطيف ص ١٦٤ – السنهورى ص ١٤٢٨- المستشار على محمد حسن ص ٧١ .

صـــاحب الحق في التمسك بكامل حقه وكان الحقان غير متغايرين بل يجمعها مصدر واحد .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" المقــرر علـــى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن المطالبة بجــزء من الحق تعتبر قاطعة للتقادم بالنسبة لباقى هذا الحق مادام أن هذه المطالبة الجزئية تدل في ذاتها على قصد صاحب الحق في التمسك بكامل حقه وكان الحقان غير متغايرين بل يجمعهما مصدر واحد " .

(طعن رقم ١٦٣٣ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٩/٢/٢٢)

٢٤١ـ يجب أن تكون الدعوى بين نفس الخصوم :

يجـــب أن تكون الدعوى التى يترتب عليها قطع التقادم مرفوعة مـــن الخصم الذى يسرى التقادم ضده أو من وكيله ضد من يسرى التقادم لصالحه أو وكيله .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" المفهوم من نص المادتين ٨٢، ٢٠٥ من القانون المدنى القديم أن الشـــارع قـــد شرط أن يتوفر في الورقة التى تقطع مدة التقادم معنى الطلب الواقع فعلا للمحكمة الجازم بالحق الذى يراد استرداده في التقادم المملك أو المراد انقضاؤه في التقادم المبرئ من الدين . فإذا كان الواقع أن مصلحة الأملاك (المطعون عليها الأولى) أقامت

دعوى سنة ١٩٢٦ ضد الطاعن بطلب تثبت ملكيتها إلى قدر معين من الأطيان قضى فيها ابتدائيا برفضها ولما استأنفته قضى في ١٧ فبراير سنة ١٩٣١ بإلغاء الحكم المستأنف وبتثبيت ملكيتها للقدر الذى تدعيه فرفع الطاعن التماسا عن هذا الحكم قضى فيه بتاريخ ١٠ يناير سنة ١٩٢٣ بعدم قبوله ، وقد ظل واضعا يده على هذه الأطيان ولم تنفذ مصلحة الأملاك الحكم الصادر لها حتى أقام الطاعن دعواه الماثلة على المطعون عليهما في ٩ فبراير سنة ١٩٤٧بطلب تثبيت ملكية لهذا القدر المقضى فيه لمصلحة الأملاك مؤسسا دعواه على اكتمال تقادم جديد إثر صدور حكم محكمة الاستئناف في ١٧ فبراير سنة ١٩٣١ – فإن هذا التقادم لاينقطع إلا بعمل جازم من قبل مصلحة الأملاك التى يسرى التقادم ضدها . وإذ كان الالتماس مرفوعا من الطاعن فإنه لايكون له أثر في قطع هذا التقادم ومن ثم فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى على خلاف هذا النظر يكون قد أخطأ في تطبيق القانون " .

(طعن رقم ١١٨ لسنة ٢٥ ق جلسة ١٩٥٩/٦/٢٥)

٢- "الأصل في الإجراء القاطع للتقادم – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن يكون متعلقا بالحق المراد اقتضاؤه ، ومتحدا بين نفس الخصوم بحيث إذا تغاير الحقان أو اختلف الخصوم لايترتب عليه هذا الأثر " .

(طعن رقم ٤٦٢ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٧٢/١/١٩)

٣- المانع الذى يقف به سريان التقادم طبقا للمادة ١/٣٨٢ من القـــانون المدنى- وعلى ما أفصحت عنه الأعمال التحضيرية- هو الـــذى يستحيل معه على الدائن أن يطالب بحقه في الوقت المناسب ولو كان المانع أدبيا ، وأن المطالبة القضائية التى تقطع التقادم طبقاً للمـــادة ٣٨٢ من القانون المدنى هى التى ترفع ممن يسرى التقادم ضــــده علــــى مـــن يسرى التقادم لصالحه سواء في صورة دعوى أصـــلية أو في صورة طلب عارض ، فإذا رفعت على غيره ليست له صفة في تمثيله فلا تقطع التقادم بالنسبة له .

(طعن رقم ٦٨٧ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٨١/١١/٢٩)

٤- " الأصـــل في الإجراء القاطع للتقادم أن يكون متعلقاً بالحق المراد اقتضاؤه ومتخذا بين نفس الخصوم بحيث إذا تغاير الحقان أو اخـــتلف الخصـــوم لايترتب عليه هذا الأثر ، وأن الدعوى كإجراء قاطع للتقادم لا يتعدى أثرها من رفعها ومن رفعت عليه ".

(طعن رقم ١٩٨ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٩٦/٤/٢٣)

٥- " المقرر أن التقادم ينقطع وفقا لحكم المادة ٣٨٣ من القانون المدنـــى بالمطالـــبة القضائية أو بكل إجراء يقوم به الدائن للمطالبة بحقه في مواجهة مدينه أمام الجهة التى أناط بها الشارع الفصل فيما قد ينشأ من نزاع بشأنه ويترتب عليه ذات آثار تلك المطالبة " .

(طعن رقم ١٤٤٣ لسنة ٦١ ق جلسة ٢٠٠٠/٥/٩- لم ينشر بعد)

وينبني على ذلك أنه يجب أن ترفع الدعوى على صاحب الصفة ، فإذا رفعت على غيره ثم أدخل صاحب الصفة ، فلا ينقطع التقادم إلا من تاريخ إدخال الأخير .

وفى هذا قضت محكمة النقض بتاريخ ١٩٩٠/١/٢٩ في الطعنين رقمي ١٨٣٥، ١٨٤٩ لسنة ٥٦ ق بأن :

"وحيث إن هذا النعي في محله ، ذلك أنه يشترط في الإجراء القاطع للتقادم- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- أن يتم بالطريق الذى رسمه القانون وفى مواجهة المدين . لما كان ذلك. وكانت الهيئة العامة للبريد هى طبقا لقرار رئيس الجمهورية رقم ٤٥٨ لسنة ١٩٦٦ بتعديل بعض أحكام القرار الجمهورى رقم ٧١٠ لسنة ١٩٥٧ الخاص بإنشاء هيئة البريد ، هيئة عامة في تطبيق القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٦٣ بإصدار قانون الهيئات العامة ويمثلها أمام القضاء رئيس مجلس إدارتها ، وكان الثابت في الدعوى أن مورث المطعون ضدها قد أقام دعواه ابتداء ضد وزير المواصلات بصفته الرئيس الأعلى لهيئة البريد يطلب الحكم بإلزامه بأن يؤدى له مبلغ ١٨٣٩,٣٥٠ جنيه تعويضا عن الطرود المفقوده ثم صحح شكل الدعوى بإختصام رئيس مجلس إدارة الهيئة العامة للبريد بجلسة ١٩٧٧/٣/١٩، وكان وزير المواصلات غير ذى صفة في

تمثـيل الهيـئة العامـة للبريد ، فإن الدعوى لاتعتبر مرفوعة في مواجهـة الهيـئة الطاعنة صاحبة الصفة في الخصومة إلا من ذلك الـتاريخ ، لايغير من ذلك ما نصت عليه المادة ٢/١١٥ من قانون المـرافعات مـن أنه إذا رأت المحكمة أن الدفع بعدم قبول الدعوى لانتفاء صفة المدعى عليه قـائم على أساس أجلت الدعوى لإعلان ذى الصفة ذلك أن تصحيح الصفة – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – يجب أن يتم في الميعاد المقرر قانونا ولايخل بالمواعيد المحـددة لرفع الدعوى وبمدد التقادم . لما كان ذلك . وكان الحكم المطعـون فيه قد خالف هذه النظر وأيد الحكم الابتدائى فيما قضى بـه مـن رفض الدفع المبدى من الطاعنة بسقوط دعوى المسئولية بمضـى أكثر من سنة من تاريخ النقل عملا بالمادة ١٠٤ من قانون التجارة تأسيسا على أن الدعوى رفعت بإيداع صحيفتها قلم الكتاب في ١٩٧٦/١٠/٢٨ قبل انقضاء سنة على الوقت الذى كان يجب أن يتم فيه النقل وهو ١٩٧٥/١٢/٢ رغم رفعها على غير صفة وعدم اختصـام الممثل القانونى للهيئة الطاعنة إلا في ١٩٧٧/٣/١٩ أى بعد مضى أكثر من سنة على تاريخ النقل ، فإنه يكون قد أخطأ في تطبـيق القـانون بما يستوجب نقضه دون حاجة لبحث باقى أسباب الطعن " .

٢٤٢- اعتبار عريضة أمر الأداء بديلة لصحيفة الدعوى :

تـــنص المادة ٦٣ من قانون المرافعات – كما سنرى- على أن تـــرفع الدعوى إلى المحكمة بناء على طلب المدعى بصحيفة تودع قلم كتاب المحكمة ما لم ينص القانون على غير ذلك ، ومن ثم فقد رأى المشـــرع في هذا القانون اعتبار الدعوى مرفوعة ومنتجه لكل آثارها بمجرد إيداع صحيفتها قلم الكتاب ، وتمشيا مع هذا النهج لم يعـــد هناك ما يبرر النص في المادة ٢٠٨ منه على أن تقديم طلب أمـــر الأداء يترتـــب علـــيه قطع التقادم وأشارت إلى ذلك المذكرة الإيضـــاحية لقـــانون المرافعات بقولها " أسقط المشروع في المادة ٢٠٨ مـــنه الفقـــرة الثانـــية من المادة ٨٥٧ من القانون القائم التى تقضـــى بأن تقديم عريضة أمر الأداء يترتب عليه قطع التقادم لأن إذا كـــان ثمـــة ما يبرر وجود هذا الحكم في القانون القائم فإن هذا المـــبرر ينتفى بعد أن اتجه المشروع إلى جعل رفع الدعوى بتقديم صحيفتها لقلم الكتاب ، ولاشك بعد ذلك أن تقديم عريضة أمر الأداء يترتب عليه كافة الآثار المترتبة على رفع الدعوى ".

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" المقـــرر فـــي قضـــاء هذه المحكمة – أن العريضة التى تقدم لاستصـــدار أمـــر الأداء تعتبر بديلة لصحيفة الدعوى وبها تتصل

الدعـوى بالقضـاء ويترتـب عليها كافة الآثار المترتبة على رفع الدعوى" .

(طعن رقم ٤٦٢ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٧/١٢/٢٤)

(طعـن رقم ٦٦٩ لسنة ٤١ ق جلسة ١٩٧٥/٦/٢٥ - منشور بالبند التالى)

٢٤٣ ـ التحكيم :

تعتبر الدعوى المرفوعة أمام محكمين كالدعوى العادية ، فتقطع الـتقادم ، ويعود التقادم إلى السريان عند انتهاء مأمورية المحكم . ويعتـبر الانقطـاع كأن لم يكن إذا رفض الطلب أو حصل النزول عنه أو أبطل(١) .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " مجـرد تحريـر مشارطة التحكيم والتوقيع عليها لايقطع أيهمـا فـى ذاته مدة التقادم ، لأن المشارطة ليست إلا اتفاقا على عـرض نـزاع معين علـى محكميـن والنزول على حكمهم ، ولايتضـمن مطالـبة بالحق أو تكليفا للخصوم بالحضور أمام هيئة التحكـيم وإنما يمكن أن يحصل الانقطاع نتيجة للطلبات التى يقدمها الدائـن للمحكميـن أثناء السير فى التحكيم إذا كانت تتضمن تمسكه بحقه، لأن قانون المرافعات نظم إجراءات التحكيم على نحو يماثل

---

(١) السنهورى ص ١٤٣٠ الهامش – محمد كامل مرسى ص ٢٨٤ .

إجراءات الدعوى العادية وألزم المحكمين والخصوم باتباع الأصول والمواعيد المتبعة أمام المحاكم إلا إذا حصل إعفاء المحكمين منها صراحة ، ما أوجب صدور الحكم منهم على مقتضى قواعد القانون الموضوعى " .

(طعن رقم ٥٧٧ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٩/١/٣٠)

٢- " إذا كانت مشارطة التحكيم لاتعتبر فى ذاتها إجراء قاطعا للتقادم ، إلا أنها إذا تضمنت إقرارا من المدين بحق الدائن كما لو اعترف بوجود الدين وانحصر النزاع المعروض على التحكيم فى مقدار هذا الدين فإن التقادم ينقطع فى هذه الحالة بسبب هذا الإقرار صريحا كان أو ضمنيا وليس بسبب المشارطة فى ذاتها ".

(طعن رقم ٥٧٧ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٩/١/٣٠)

٢٤٤ ـ متى تعتبر الدعوى مرفوعة أمام المحكمة ؟

تنص الفقرة الأولى من المادة ٦٣من قانون المرافعات على أن :

" ترفع الدعوى إلى المحكمة بناء على طلب المدعى بصحيفة تودع قلم كتاب المحكمة ما لم ينص القانون على غير ذلك " .

وتنص المادة ٦٧ من ذات القانون على أن :

" يقيد قلم الكتاب الدعوى فى يوم تقديم الصحيفة فى السجل الخاص بذلك .... وعلى قلم الكتاب فى اليوم التالى على الأكثر أن يسلم أصل الصحيفة وصورها إلى قلم المحضرين لإعلانها ورد الأصل إليه .

ومـــع ذلك يجوز في غير دعاوى الاسترداد وإشكالات التنفيذ ، أن يسلم للمدعي – متى طلب ذلك – أصل الصحيفة وصورها ليتولى تقديمها إلى قلم المحضرين لإعلانها ورد الأصل إلى المدعى ليقوم بإعادته إلى قلم الكتاب " .

فالدعوى إذن تعتبر مرفوعة من تاريخ إيداع صحيفتها قلم الكتاب وقبل إعلان صحيفتها إلى الخصم . ويترتب على إيداع صحيفة الدعوى قلم الكتاب قطع التقادم .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" يدل نص المادة ٩٦ من قانون المرافعات السابق على أن الدعوى لاتعتبر مرفوعة ومنتجة لآثارها ومن بينها قطع مدة التقادم أو السقوط إلا من تاريخ إعلان صحيفتها إلى المدعى عليه ، واستثنى المشرع من هذه القاعدة أوامر الأداء نظرا لطبيعة إجراءاتها الخاصة ، فنص في المادة ٢/٨٥٧ من ذات القانون على أنه يترتب على تقديم العريضة قطع التقادم ، وظل الأمر على هذا الحال إلى أن صدر القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ الذى عدل المادة ٧٥ من قانون المرافعات السابق على نحو جعل تقديم صحيفة الدعوى إلى قلم المحضرين بعد سداد الرسم كاملا قاطعا لمدة التقادم أو السقوط ، أما باقى الآثار التى تترتب على رفع الدعوى فظلت على ما كانت عليه ، ولما صدر قانون المرافعات الحالى

نــص فــي المادة ٦٣ منه على أن ترفع الدعوى إلى المحكمة بناء علــى طلــب المدعى بصحيفة تودع قلم كتاب المحكمة ما لم ينص القــانون على غير ذلك ، ومن ثم فقد رأى المشرع في هذا القانون اعتبار الدعوى مرفوعة ومنتجة لكل آثارها بمجرد إيداع صحيفتها قلــم الكتاب ، وتمشيا مع هذا النهج لم يعد هناك ما يبرر النص في المــادة ٢٠٨ مــنه – المقابلة للمادة ٢/٨٥٧ من قانون المرافعات الســابق– علــى أن تقديم طلب أمر الأداء يترتب عليه قطع التقادم وأشارت إلى ذلك المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات بقولها " إذا كــان ثمــة مــا يبرر وجود هذا الحكم في القانون القائم ، فإن هذا المــبرر لايبقى بعد أن اتجه المشرع إلى جعل رفع الدعوى بتقديم صحيفتها لقلم الكتاب ، ولاشك بعد ذلك أن تقديم عريضة أمر الأداء يترتب عليه كافة الآثار المترتبة على رفع الدعوى " .

(طعن رقم ٦١٩ لسنة ٤١ ق جلسة ١٩٧٥/٦/٢٥)

٢٤٥ـ رفع الدعوى إلى محكمة غير مختصة يقطع التقادم :

تنص المادة ٣٨٣ مدنى على أن :

" يــنقطع الــتقادم بالمطالــبة القضائية ولو رفعت الدعوى إلى محكمة غير مختصة .... الخ " .

والحكمــة فــي ذلك أن القواعد المتعلقة باختصاص المحاكم قد تكــون مــن التعقــيد بحيث يلتبس الأمر على صاحب الحق فيرفع

الدعـــوى أمـــام محكمة غير مختصة . كما أن هذا الغلط من جانب صـــاحب الحق لاينفى أنه برفعه الدعوى قد عقد النية على المطالبة بحقه. وهذه النية من جانبه هى أساس قطع التقادم[1] .

ويســـتوى أن تكـــون الدعوى رفعت إلى محكمة غير مختصة محليا أو قيميا أو نوعيا .

ويذهب الرأى الراجح أن رفع الدعوى إلى محكمة غير مختصة ولائـــيا يؤدى أيضا إلى قطع التقادم [2]، إذ لم يوجب القانون التفرقة فـــي هـــذا المجال ، كما أن المادة ٥٩٠ من المشروع التمهيدى كان تقيد هذا الأثر بأن يكون رفع الدعوى إلى محكمة غير مختصة من " جـــراء غلـــط مغتفر" ، إلا أن لجنة المراجعة حذفت هذه العبارة الأخيرة مما يفهم منه أن أثر صحيفة الدعوى في قطع التقادم مطلق من كل قيد حتى بفرض الحكم في الدعوى بعدم الاختصاص .

وبهـــذا الـــرأى قضـــت محكمـــة الـــنقض . إذ ذهبت بتاريخ ١٩٣٩/٤/٦ في الطعن رقم ٩٣ لسنة ٨ ق إلى أن :

" الأصـــل في الآثار التى تترتب قانونا على إجراءات التقاضى أنهـــا نســـبية بيـــن طرفى الدعوى بصفاتهم التى اتخذوها . فالأثر

---

(١) محمد كامل مرسى ص ٢٧٥ ومابعدها – عبد المنعم الصده ص ٦١٤ .

(٢) محمـــد كامل مرسى ص ٢٥٦– السنهورى ص ١٤٣٣ – وعكس ذلك محمد على عرفه ص ٢٨٨ – عبد المنعم الصده ص ٦١٤ .

المترتب على رفع الدعوى من جهة قطع التقادم لايتعدى من رفعها ومـــن رفعت عليه . فإذا أحال الدائن أجنبيا بدينه فرفع هذا الأجنبى الدعـــوى بالديـــن أمام المحكمة المختلطة فقضت بعدم اختصاصها علـــى أساس أن التحويل صورى ، فاستأنف الحكم ، ثم تنازل عن الاســـتئناف وطلب شطب الدعوى ، فحكمت المحكمة بالشطب ، ثم رفع الدائن الأصلى الدعوى بدينه أمام المحكمة الأهلية فدفع المدين بســـقوط الحق في المطالبة بالدين بمضى المدة ، فإن رفع الدعوى أمـــام المحكمـــة المخـــتلطة لايمكن أن يتعدى أثره رافعها الأجنبى فيقطع التقادم بالنسبة لغيره " .

٢٤٦ـ امتداد الانقطاع طوال نظر الدعوى :

المقـــرر أن الـــتقادم الذى ينقطع بالمطالبة القضائية يمتد طوال الوقـــت الذى يستغرقه سير الدعوى ، بمعنى أن حق المدعى يبقى بمأمـــن مـــن كـــل سبب يكون أساسه مضى الزمن ، فيبقى التقادم منقطعا إلى أن تسقط الدعوى بالتقادم، أو يزول أثر صحيفتها بسبب من الأسباب الموجبة لذلك، فالتقادم يظل مقطوعا ما بقيت الدعوى قائمة (١).

---

(١) محمد على عرفه ص ٢٨٩ .

وترتيبا على ذلك قضت محكمة النقض بأن :

١- " إذا كانـــت المحكمة مع تسليمها برفع الدعوى التى لم تقيد لـــم تفـــرق بين التقادم المسقط للحق نفسه والتقادم المسقط للدعوى المـــرفوعة بشأنه فاعتبرت أن قطع التقادم الخمسى الذى ينشأ عن رفع الدعوى لايستمر إلا لمدة التقادم المسقط للحق ذاته فإنها تكون قد أخطأت. إذا أن لكل من تقادم الحق وتقادم الدعوى حكما خاصا . فالـــتقادم الخمسي ينقطع برفع الدعوى ويظل هذا الانقطاع مستمرا مادام سببه قائما . وإذ كان سبب الانقطاع هو الدعوى فيبقى التقادم مـــنقطعا إلى أن تسقط هى بالتقادم المسقط لها ومدته خمس عشرة سنة طبقا لحكم المادة ٨٢ من القانون المدنى ، ومادامت هذه المدة لم تنقض فيبقى أثر الانقطاع قائما . فإذا تحركت الدعوى في اثنائها فيكون تحريكها صحيحا لعدم سقوط الحق المرفوعة به " .

(طعن رقم ٤٠ لسنة ١٤ ق جلسة ١٩٤٤/١١/٢٣)

٢٤٧- زوال أثر الانقطاع بسقوط أثر صحيفة الدعوى :

تنص المادة ٢٢٤٧ مدنى فرنسى على أنه : " إذا كانت صحيفة الدعـــوى باطلة لعيب في الشكل ، أو ترك المدعى الخصومة ، أو جعلهـــا تسقط بمضى المدة ، أو رفضت دعواه ، فإن انقطاع التقادم يعتبر كأن لم يكن " . وليس في التقنين المدنى المصرى مقابل لهذا

النص ، ولكنه ليس إلا تطبيقا للقواعد العامة ، ولذلك جرى الفقه والقضاء على الأخذ به في مصر (١).

ذلك أن انقطاع التقادم بالمطالبة القضائية من جانب صاحب الحق مناطه أن تنتهي الدعوى بحكم يصدر لصالحه في هذا الطلب. ومن ثم فكل سبب يؤدى إلى سقوط هذه المطالبة أو رفضها يلغى معها انقطاع التقادم .

وبالترتيب على ذلك يزول أثر انقطاع الخصومة في الحالات الآتية :

(أ) – بطلان صحيفة الدعوى لعيب في الشكل :

إذا كانت صحيفة الدعوى باطلة لعيب فى الشكل ، بأن شابها خطأ أو نقص فى بيان من بياناتها يترتب على إغفاله الحكم بالبطلان ، أو رفعت دون التوقيع عليها أو على صورتها من محام مقرر أمام المحكمة ، فإنه لا يترتب عليها أثر ومن ثم لاتقطع التقادم .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " الحكم ببطلان صحيفة الدعوى يترتب عليه زوال أثرها فى قطع التقادم " .

(طعن رقم ٤٩٥ لسنة ٢٦ ق جلسة ١٩٦٢/٦/٧)

---

(١) السنهورى ص ١٤٣٣ .

٢- " المطالـــبة القضـــائية لاتقطع التقادم طبقا للمادة ٣٨٣ من القانون المدنى إلا إذا تمت بإجراء صحيح بحيث إذا كانت صحيفة الدعـــوى باطلة لعيب فى الشكل فلا يترتب عليها أى أثر ولاتقطع التقادم " .

(طعن رقم ٣٢٦ لسنة ٤٠ ق جلسة ١٩٧٥/٥/٢٠)

أمـــا بطلان إعلان صحيفة الدعوى فلا يؤثر على صحة إيداع الصحيفة قلم الكتاب ، باعتبار أن الإجراء الباطل ليس من شأنه أن يؤثر على الإجراء الصحيح السابق عليه " .

(أنظر نقض طعن رقم ٩٢١٥ لسنة ٦٥ ق جلسة ١٩٩٧/١٢/٢٧)

(ب)- ترك الخصومة :

ذلك أنه طبقا للمادة ١٤٣ مرافعات يترتب على ترك الخصومة إلغـــاء جميع إجراءات الخصومة بما في ذلك رفع الدعوى . ولكن لايمس ذلك الحق المرفوعة به الدعوى .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" إن كـــان من شأن المطالبة القضائية الصريحة الجازمة بالحق الـــذى يـــراد اقتضاؤه أن تقطع مدة التقادم إعمالا للمادة ٣٨٣ من القانون المدنى إلا أنه يترتب على الحكم بترك الخصومة في دعوى المطالـــبة إلغاء جميع إجراءاتها وزوال الأثر المترتب على رفعها في قطع التقادم ".

(طعن رقم ٨٥٣٥ لسنة ٦٤ ق جلسة ١٩٩٦/٣/٣١)

على أن ترك الخصومة إذا كان سببه رفع الدعوى أمام محكمة غــير مختصة ، لا يكون من شأنه أن يلغى الأثر الذى ترتب على صــحيفة الدعــوى من قطع التقادم ، لأن المطالبة القضائية تقطع التقادم ولو رفعت الدعوى أمام محكمة غير مختصة[١].

(ج) اعتبار الدعوى كأن لم تكن :

يــزول أثــر صحيفة الدعوى في قطع التقادم إذا حكم باعتبار الدعوى كأن لم تكن ، ومثال ذلك :

١- إذا لــم يــتم تكليف المدعى عليه بالحضور في خلال ثلاثة أشــهر من تاريخ تقديم الصحيفة إلى قلم الكتاب ، وكان ذلك راجعا إلى فعل المدعى (مادة ٧٠ مرافعات) .

٢- إذا تقــرر شطب الدعوى ، وانقضى ستون يوما ولم يطلب أحــد الخصــوم السير في الدعوى ، أو إذا لم يحضر الطرفان بعد السير فيها (مادة ١/٨٢ مرافعات) .

٣- إذا قضــت المحكمــة بوقف الدعوى جزاء ، ومضت مدة الوقــف ولــم يطلــب المدعى السير في دعواه خلال الثلاثين يوما التالــية لانــتهائها أو لــم ينفذ ما أمرت به المحكمة (مادة ٣/٩٩ مرافعات) .

---

(١) السنهورى ص ١٤٣٥ هامش (١) .

(د) سقوط الخصومة :

لكـل ذى مصلحة من الخصوم في حالة عدم السير في الدعوى بفعـل المدعـى أو امتناعه أن يطلب الحكم بسقوط الخصومة متى انقضـت ستة أشهر من آخر إجراء صحيح من إجراءات التقاضى (مادة ١٣٤) .

ويترتب على الحكم بسقوط الخصومة سقوط الأحكام الصادرة فـيها بإجـراء الإثـبات وإلغاء جميع الخصومة بما في ذلك رفع الدعوى (مادة ١/١٣٧ مرافعات) .

وقد قضت محكمة النقض بـأن :

" المطالـبة القضائية القاطعة للتقادم وفقا لحكم المادتين ٦٣ من قـانون المـرافعات و٣٨٣ من القانون المدنى إنما تتحقق بإجراء قوامـه إيداع صحيفة الدعوى مستوفية شرائط صحتها إدارة كتاب المحكمة وينبنى على ذلك أن بطلان إعلان هذه الصحيفة ، لا يؤثر علـى صحة ذلك الإجراء أو على الآثار التى يرتبها القانون عليه- باعتـبار أن الإجـراء الباطل ليس من شأنه أن يؤثر على الإجراء الصـحيح السابق عليه وأن المطالبة على هذا النحو لا يزول أثرها إلا بـالحكم برفض الدعوى أو ببطلان صحيفتها أو بعدم قبولها أو يقضى باعتبارها كأن لم تكن أو بسقوط الخصومة فيها أو انقضائها متى طلبت قبل التكلم في الموضوع وفى غير هذه الأحوال فإن هذه

المطالبة تبقى منتجة لآثارها الموضوعية والإجرائية إلى أن يقضى في الدعوى بحكم نهائى فيبدأ تقادم جديد منذ صدور هذا الحكم ".

(طعن رقم ٩٣٧٤ لسنة ٦٦ ق جلسة ١٩٩٧/١٢/٢٧)

(هـ) انقضاء الخصومة :

تنص المادة ١٤٠ من قانون المرافعات على أنه : " في جميع الأحوال تنقضى الخصومة بمضى سنتين على آخر إجراء صحيح فيها .

ومع ذلك ، لاتسرى حكم الفقرة السابقة على الطعن بطريق النقض ".

وانقضاء الخصومة بمضى المدة هو إلغاؤها – بقوة القانون- وإلغاء جميع الإجراءات التى تمت فيها بسبب ركودها بغير مانع مادى أو قانونى مدة سنتين من تاريخ آخر إجراء صحيح باشره أحد الخصوم ، سواء كان سبب ركود الخصومة راجعا إلى المدعى أو المدعى عليه أو قلم الكتاب .

ومن ثم فإنه يترتب على القضاء بانقضاء الخصومة إلغاء صحيفة الدعوى ، فيزول أثرها في قطع التقادم ، فيعتبر الانقطاع المبنى عليها كأن لم يكن .

(و) رفض الدعوى :

الحكم بـرفض الدعوى يزيل أثرها في قطع التقادم ، فيعتبر الانقطاع المبنى عليها كأن لم يكن .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- "... على أنه إذ رفضت الدعوى – التى من شأنها قطع التقادم- فإن هذا الرفض يزيل أثرها في قطع التقادم ويعتبر الانقطاع كأن لم يكن والتقادم الذى كان قد بدأ قبل رفعها مستمراً في سريانه " .

(طعن رقم ٢٥٦ لسنة ٢٦ ق جلسة ١٩٦٢/٤/٢٦)

٢- " الحكم بـرفض الدعوى يؤدى إلى إلغاء صحيفتها وما يكون قد ترتب عليها من الآثار ومنها قطع التقادم " .

(طعن رقم ٢٧٩ لسنة ٢٧ ق جلسة ١٩٦٢/١٢/١٣)

٣- " من المقرر في قضاء هذه المحكمة – أن الحكم برفض الدعوى يزيل أثرها في قطع التقادم فيعتبر الانقطاع المبنى عليها كأن لم يكن والتقادم الذى كان قد بدأ قبل رفعها مستمرا في السريان، ولما كان الحكم المطعون فيه قد انتهى في قضائه إلى هذه النتيجة الصحيحة قانونا فإن ما استطرد إليه من أسباب زائدة عن حاجة الدعوى لا يكون له أثر في قضائه بحيث يضحى النعى عليها بالقصور أو التناقض – أيا كان وجه الرأى فيه – عديم الجدوى" .

(طعن رقم ٤٨٦ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٤/١٢/٢٨)

وإذا قضى برفض الدعوى ابتدائيا ورفع المحكوم ضده استئنافا عـن ذلك الحكم فإن التقادم يظل منقطعا طوال المدة التى تستغرقها الدعـوى أمام محكمة الدرجة الثانية متى كان رافع الاستئناف هو الخصـم المهدد بالتقادم ، ويستوى في ذلك أن يكون هذا الاستئناف أصـليا أو مقـابلا ، لأن المـادة ٣٨٣ مـن القانون المدنى تنص صـراحة علـى أن التقادم ينقطع بأى عمل يقوم به الدائن للتمسك بحقه أثناء السير في إحدى الدعاوى [١].

(ز) عدم قبول الدعوى :

يترتب على الحكم بعدم قبول الدعوى لسبب شكلى أو لأى سبب آخـر يجعـل رفعها سابقا لأوانه، زوال جميع الآثار المترتبة على رفعها ، الأمر الذى يستتبع حتما زوال الأثر القاطع للتقادم [٢].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" القضـاء فـي الدعوى الأصلية بعدم القبول على أساس عدم وجود حق للمدعى قبل المدعى عليه يترتب عليه زوال ما كان لهذه الدعوى من أثر في قطع التقادم واعتبار انقطاع التقادم المبنى عليها كأن لم يكن " .

(طعن رقم ٣٦٦ لسنة ٢٧ ق جلسة ١٩٦٣/٥/٢٣)

---

(١) المستشـار محمد عبـد اللطيف ص ١٦٣ – المستشار على أحمد حسن ص٧٠.

(٢) المستشار محمد عبد اللطيف ص١٦٢ – المستشار على أحمد حسن ص ٧٠ .

٢٤٨ـ القضاء بوقف الدعوى لايترتب عليه زوال أثر إيداع الصحيفة :

القضـــاء بوقف الدعوى لعدم تنفيذ قرار المحكمة عملا بالمادة ٢/٩٩ مــرافعات غير منه للخصومة فيها ، ومن ثم لايزول به أثر إيداع صحيفتها قلم الكتاب في قطع التقادم .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" إذا كان الثابت بالأوراق – وحصله الحكم المطعون فيه – أن المطعون ضدهم الستة الأوائل أقاموا الدعوى .... لسنة .... مدنى كلـــى جـــنوب القاهـــرة على الهيئة الطاعنة قبل اكتمال مدة التقادم المنصـــوص عليها في المادة ١٧٢ من القانون المدنى حيث قضى بإيقافهـــا لعدم تنفيذ قرار للمحكمة وهو قضاء لاتنتهى به الخصومة فـــي تلك الدعوى ومن ثم لا يزول به أثر إيداع صحيفتها قلم كتاب المحكمة في قطع التقادم " .

(طعن رقم ١٩٩٣، ٢٢٢٨ لسنة ٦٧ ق جلسة ١٩٩٩/٦/١٥ - لم ينشر بعد)

٢٤٩ـ رفع الدعوى أمام القضاء المستعجل لايترتب عليه قطع التقادم :

لايترتب على رفع الدعوى أمام القضاء المستعجل بطلب اتخاذ إجـــراء وقتى أو تحفظى قطع التقادم، لأن القرارات التى يصدرها

القاضـــى المســـتعجل في المسائل الوقتية أو التحفظية ليس لها أى تأثـــير فـــي الموضوع أو أصل الحق إذ هى لاتحوز حجية الشيء المقضـــى به أمام محكمة الموضوع ، ومن ثم فلا يمكن القول بأن الطلـــب المســـتعجل ينصـــب على المطالبة بحق ما يريد المدعى استرداده ليقطع على خصمه مواعيد التقادم ، ويترتب على ذلك أن دعـــوى إثبات الحالة أو دعوى الحراسة لاتقطع التقادم بالنسبة إلى موضوع الحق [١].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"دعـــوى الحراســـة القضائية هى إجراء تحفظى مؤقت لايمس موضـــوع الحق فهى بذلك لاتعد من إجراءات التنفيذ ولاتقوم مقام التنبيه أو الحجز في قطع التقادم المكسب للملكية . والقضاء برفض الدعـــوى يـــؤدى إلى إلغاء صحيفتها ومـــا يكون قـــد ترتب عليها من آثار " .

(طعن رقم ٨٢٥ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٧٩/٦/٤)

---

(١) محمـــد كـــامل مرسى ص ٢٨٠- السنهورى ص ١٤٢٨ – المستشار محمد عبد اللطيف ص ١٦٤ .

٢٥٠ـ طلـب الإعفـاء من الرسوم القضائية لا يقطع التقادم :

طلــب الإعفــاء من الرسوم القضائية لايعتبر من قبيل المطالبة القضائية ولو انتهى الأمر فيه إلى قبول الطلب لأن تقديمه إلى لجنة المســاعة القضائية لايهدف إلا إلى الإعفاء من دفع الرسم المستحق قــبل عــرض النزاع على القضاء . ولايترتب على صدور قرار الإعفــاء طــرح الــنزاع تلقائيا على المحكمة – وإنما ترخص به للطالب – إذا شاء – في رفع الدعوى بغير رسوم (١).

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " إن الطلــب المقــدم للجنة المساعدة القضائية للإعفاء من الرســوم لــيس من الإجراءات القضائية التى تقطع التقادم ، إذ هو لــيس فــيه معنى التكليف بالحضور أمام المحكمة المرفوعة أمامها الدعــوى ، وإنمــا هو مجرد التماس بالإعفاء من الرسوم يقتضى اســتدعاء الخصــم بالطريق الإدارى للحضور أمام اللجنة لسماع أقواله في طلب الإعفاء . كما أنه ليس فيه معنى التنبيه الرسمى، إذ يشــترط فــي هذا التنبيه أن يكون على يد محضر وبناء على سند واجب التنفيذ . وليس كذلك الحال فيه . وإذن فلا يعاب على الحكم

---

(١) المستشــار محمد عبــد اللطيف ص ١٦٥ – المستشار على أحمد حسن ص ٧٣.

ألا يعــد طلب الإعفاء من الرسوم قاطعا للمدة، ولو كان الفصل في هــذا الطلـــب قد تأخر أمام اللجنة حتى فاتت مدة التقادم ولم يتسن لذلـــك رفع الدعوى في الوقت المناسب ، فإن صاحب الحق ، وهو المطالـــب بالمحافظة عليه ، قد كان عليه أن يبادر بتقديم طلبه حتى لايفوت عليه الوقت " .

(طعن رقم ٢٨ لسنة ١٢ ق جلسة ١٩٤٢/١١/٢٦)

٢- " الطلـــب المقـــدم إلى لجنة المساعدة القضائية للإعفاء من الرســـوم ولو انتهى الأمر إلى قبوله لايعد من الإجراءات القضائية التى تقطع التقادم إذ ليس فيه معنى المطالبة القضائية أمام المحكمة المـــرفوعة أمامها الدعوى وإنما مجرد التماس بالإعفاء من الرسوم فحســـب ، كمـــا أنـــه ليس فيه معنى التنبيه الذى يقطع التقادم لأنه يشترط في هذا التنبيه أن يشتمل على إعلان المدين بالسند التنفيذى مـــع تكلـــيفه بالوفـــاء بالدين . ولما كانت علاقة الطاعن بالشركة المطعـــون ضـــدها ليست علاقة تنظيمية أو لائحية تحكمها قواعد القـــانون العام وإنما هى علاقة عقدية تخضع للقانون الخاص وتنأى بهـــذا النزاع أصلا عن إعمال القواعد التى أملتها مقتضيات النظام الإدارى فـــي هذا الخصوص بالنسبة للمنازعات الناشئة عن روابط القـــانون العـــام ، فـــإن الحكم المطعون فيه إذ انتهى إلى أن طلب

المساعدة القضائية المقدم لجهة القضاء الإدارى لايقطع التقادم يكون قد التزم صحيح القانون " .

(طعن رقم ٤٨٩ لسنة ٤١ ق جلسة ١٩٧٦/٦/١٢)

٣- " طلــب الإعفاء من الرسوم القضائية - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - لايعتبر من قبيل المطالبة القضائية ولو انتهى الأمر فيه إلى قبول الطلب لأن تقديمه إلى لجنة المساعدة القضائية لايهدف إلا إلى الاعفاء من دفع الرسم المستحق قبل عرض النزاع علــى القضاء ، ولايترتب على صدور القرار بقبول الطلب طرح الــنزاع تلقائيا على المحكمة وإنما ترخص بها للطالب - إذا شاء- فــي رفــع الدعوى بغير رسوم . وبذلك يبين أن طلب الإعفاء من الرســوم شيء ورفع الدعوى على المدين فعلا لإكراهه على الوفاء بالحق لدائنه شيء مغاير ، ولئن اتجه القضاء الإدارى في أحكامه إلــى أن طلب الإعفاء من الرسوم يجمع بين طبيعة التظلم الإدارى بالإفصــاح عن الشكوى وبين التظلم القضائى برفع الدعوى إلا أن هــذه الطبــيعة الإداريــة تغاير طبيعة الحقوق المدنية التى تحكمها القواعد الموضوعية المدنية " .

(طعن رقم ١١٤ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٧٧/٥/٢)

٢٥١ـ التظلمات المرفوعة إلى السلطات أو الهيئات الإدارية لاتقطع التقادم :

لاتعتــبر التظلمات المرفوعة إلى السلطات أو الهيئات الإدارية قاطعة للتقادم ، وكذلك الطلبات الحاصلة بالطرق الدبلوماسية ، لأن هذه الطلبات لاتعتبر مطالبة قضائية [١].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" مفاد نص المادة ٢٨٣ من التقنين المدنى أن التقادم إنما ينقطع بالمطالــبة القضائية التى يقصد بها مطالبة الدائن بحقه أمام القضاء إن لــم يكن بيده سند تنفيذى ويستوى أن ترفع الدعوى إلى محكمة قضـــائية بالمعنى المفهوم لهذا الاصطلاح أو أن تكون جهة إدارية خصها القانون بالفصل في النزاع ، وكان البين من نصوص المواد ١٨٨ ومـــا بعدهـــا من قانون العمل الصادر بالقانون رقم ٩١ لسنة ١٩٥٩ أن مكتــب العمــل جهة إدارية ليست مختصة بالفصل في الــنزاع أو الحق المطالب به بل تقتصر مهمته على محاولة تسوية هــذا الــنزاع بمـــا مؤداه أن الشكوى المقدمة من العامل إلى ذلك المكتب لاتعتبر مطالبة قضائية بالمعنى الذى أفصح عنه المشرع".

(طعن رقم ٧٥٥ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٨١/١١/٨)

---

(١) المستشـــار محمد عبـــد اللطيف ص ١٦٧ – المستشار على أحمد حسن ص ٧٣– السنهورى ص ١٤٢٩ وعكس ذلك المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ٨٧ لسنة ١٦ ق جلسة ١٩٧١/١٢/٢٦ ، الطعن رقم ١٤٣٤ لسنة ١٣ق جلسة ١٩٧٨/١٢/٣١ .

أما المطالبة أمام لجنة إدارية ذات اختصاص قضائى مثل لجان الضرائب فيترتب عليها قطع التقادم .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" إن الشـارع في المادة ١٩ من الأمر العالى الصادر في ٢٢ من فبراير سنة ١٨٩٤ في شأن الترع والجسور العمومية والمساقى الخصوصية وما يتعلق بها قد رأى – مراعاة لمصلحة الزراعة وما يقتضيه ذلك من وجوب حماية المساقى من تعدى أحد المنتفعين بها بغـير حق إضرارا بجيرانه – أن يجيز لمن لحقه ضرر من عبث بمسـقى أو بمصـرف أن يلجأ إلى الجهات الإدارية ، وخول هذه الجهات سلطة الفصل في إعادة الحالة إلى أصلها بالطرق الإدارية إيـثارا للسـرعة الـتى تقتضيها الحال. وإذن فهذه الجهات تكون مختصة هى والمحاكم بالفصل في دعاوى وضع اليد المتعلقة بذلك، والشـكوى الـتى تقـدم إلى إحدى هذه الجهات متضمنه طلب منع التعرض تقطع مدة سقوط دعوى منع التعرض " .

(طعن رقم ٢٥ لسنة ١٥ ق جلسة ١٣/١٢/١٩٤٥) [1]

---

(١) وكانت المادة ٨٤ من القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ بشأن إصدار قانون المحامـاة تخـول المحامى إذا وقع خلاف بينه وبين موكله بشأن تحديد أتعابه في حالة عدم الاتفاق كتابة عليها أن يقدم إلى النقابة الفرعية التى يتـبعها طلبا بما يحدده من أتعاب ويعرض هذا الطلب على لجنة يشكلها مجلـس النقابة الفرعية من ثلاثة من أعضائه ويخطر الموكل بالحضور

أمامهـا لإبـداء وجهـة نظره (م١/١٨٤) وتتولى اللجنة الوساطة بين المحـامي وموكله ، فإذا لم يقبل الطرفان ما تعرضه عليهما فصلت في موضـوع الطلب خلال ستين يوما على الأكثر بقرار مسبب ، وإلا جاز لكل من الطرفين أن يلجأ مباشرة إلى المحكمة المختصة (م١/٢٨٤)

ومفـاد ذلـك أن تقديـم الطلب إلى مجلس النقابة من المحامي تنعقد به الخصومة القضائية بينه وبين موكله وتترتب عليه آثار المطالبة القضائية ومنها قطع التقادم .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

" تقديـم طلب تقدير الأتعاب إلى مجلس نقابة المحامين من المحامي أو الموكل عند الخلاف بينهما على قيمتها في حالة عدم وجود اتفاق كتابي علـيها هو – على ما جرى به قضاء محكمة النقض – إعلان بخصومة تترتـب عليه آثار المطالبة القضائية ومنها قطع التقادم في مفهوم المادة ٣٨٣ من القانون المدني وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر مهدرا الأثـر القـانوني المترتـب علي تقديم الطلب بتقدير الأتعاب إلى نقابة المحاميـن في قطع التقادم المنصوص عليه في المادة ٣٧٦ من القانون المدني فإنه يكون قد خالف القانون ".

(طعن رقم ٢٤١ لسنة ٣١ ق جلسة ١٩٦٦/١/٤)

(ذات المـبدأ : طعن رقم ٥١ لسنة ٢٦ ق جلسة ١٩٦١/٦/٨ – طعن ٢٩٩ لسنة ٣٠ق جلسة ١٩٦٥/٣/١٨)

غير أن المحكمة الدستورية العليا قضت بتاريخ ٥ يونية سنة ١٩٩٩ في القضـية رقم ١٥٣ لسنة ١٩ قضائية "دستورية" بعدم دستورية الفقرتين الأولـى والثانـية من المادة (٨٤) سالفة الذكر وبسقوط كل من فقرتها الثالثة والمادة (٨٥) من ذات القانون .

وقد نشر الحكم بالجريدة الرسمية بتاريخ ١٩٩٩/٦/١٧ العدد (٢٤) .

٢٥٢ـ واجب المحكمة في بحث أسباب الانقطاع :

يكفى أن يدفع أمام المحكمة بالتقادم حتى يتعين عليها أن تبحث شـــرائطه القانونـــية ومـــنها المدة بما يعترضها من انقطاع إذ أن حصـــول الانقطـــاع يحـــول دون اكتمال مدة التقادم ومن ثم يكون للمحكمة ولو من تلقاء نفسها أن تقرر بانقطاع التقادم إذ تبينت سببه من أوراق الدعوى .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " حســب المحكمة أن يدفع أمامها بالتقادم حتى يتعين عليها أن تبحث شرائطه القانونية ومنها المدة بما يعترضها من انقطاع إذ أن حصــول الانقطــاع يحول دون اكتمال مدة التقادم مما يقتضى التثبــت مــن عدم قيام أحد أسباب الانقطاع ومن ثم يكون للمحكمة ولــو مــن تلقاء نفسها أن تقرر بانقطاع التقادم إذا طالعتها أوراق الدعوى بقيام سببه ".

(طعن رقم ٢٤ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٤/١٢/٣)

٢- " تــنص المادة ٣٨٣ من القانون المدنى على أن "ينقطع الــتقادم بالمطالبة القضائية – ولو رفعت الدعوى إلى محكمة غير مختصــة– وبالتنبيه والحجز" وحسب محكمة الموضوع– وعلى ما جــرى به قضاء هذه المحكمة – أن يدفع أمامها بالتقادم حتى يتعين علــيها أن تبحــث شرائطه القانونية ومنها المدة بما يعترضها من

انقطـــاع ، إذ أن حصول الانقطاع يحول دون اكتمال مدة التقادم ، مما يقتضى التثبت من عدم قيام أحد أسباب الانقطاع ومن ثم يكون للمحكمـــة- ولـــو مـــن تلقاء نفسها – أن تقرر بانقطاع التقادم إذا طالعـــتها أوراق الدعوى بقيام سببه . ولما كان تقديم عريضة أمر الأداء يعتـــبر قاطعا للتقادم . وكان الحكم المطعون فيه لم يعمل أثر تقديـــم عريضـــة أمـــر الأداء في قطع التقادم فإنه يكون فضلا عن قصـــوره فـــي التســـبيب قد أخطأ في تطبيق القانون بما يستوجب نقضه".

(طعن رقم ٩٧٧ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨١/١٢/٢٨)

٢٥٣- الأهلية اللازمة لقطع التقادم :

لايشـــترط لقطـــع التقادم توافر أهلية التقاضى ، بل يكفى توافر أهلـــية القـــيام بالأعمـــال التحفظية ، فيجوز للقاصر أو وكيل عن الشركة قبل الحصول على إذن من مجلس إدارتها القيام بإجراءات المطالـــبة القضائية التى تقطع التقادم . إلا أنه يجب للاستمرار في الســـير فـــي الدعـــوى أن تصـــحح إجراءاتها حتى يستقيم وضعها القـــانونى ، فيجب تدخل من يمثل ناقص الأهلية أو الحصول على إذن مجلس إدارة الشركة(١) .

---

(١) محمد كامل مرسى ص ٢٥٢- المستشار محمد عبد اللطيف ص ١٥٣ .

ثانيــاً : التنبيه

٢٥٤ـ مضمون هذا السبب :

تنص المادة ٣٨٣ مدنى على أن التقادم ينقطع بالتنبيه. والمراد بالتنبــيه هــو الإجراء المنصوص عليه في المادة ٢٨١ من قانون المــرافعات والــذى بمقتضاه يقوم المحضر بإعلان السند التنفيذى الــذى يسبق التنفيذ لنفس المدين أو لمحله الأصلى منبها عليه بأداء الالــتزام المبيــن في السند أو الحكم بحيث إذا امتنع يكون معرضا لأن يكــره علــى ذلك بالقوة الجبرية أو بحجز أمواله وبيعها طبقا للقانون وفاء لدين الدائن .

فقد نصت المادة سالفة الذكر على أن : " يجب أن يسبق التنفيذ إعــلان السند التنفيذى لشخص المدين في موطنه الأصلى وإلا كان بــاطلا. ويجــب أن يشتمل هذا الإعلان على تكليف المدين الوفاء وبــيان المطلوب وتعيين موطن مختار لطالب التنفيذ في البلدة التى بها مقر محكمة التنفيذ المختصة .

ويجــب عند الشروع في تنفيذ عقد رسمى بفتح اعتماد أن يعلن معــه مســتخرج بحســاب المدين من واقع دفاتر الدائن التجارية . ولايجــوز إجــراء التنفيذ إلا بعد مضى يوم على الأقل من إعلان السند التنفيذى " .

ويجـــب أن يتوافر في التنبيه جميع البيانات اللازمة في أوراق المحضـــرين وصورة كاملة للسند التنفيذى إذا لم تكن قد أعلنت له من قبل .

ولكـــن لايعتبر تنبيها قاطعا للتقادم التكليف بالوفاء السابق على أمر الأداء ، لأنه مجرد إنذار بالدفع لايكفى لترتيب هذا الأثر .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " التكلـــيف بالوفـــاء السابق على طلب أمر الأداء لايعتبر تنبيها قاطعا للتقادم وإنما هو مجرد إنذار بالدفع لا يكفى لترتيب هذا الأثر ، إذ المقصود بالتنبيه الذى يقطع التقادم - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - هو التنبيه المنصوص عليه في المادة ٤٦٠ مـــن قـــانون المرافعات السابق الذى يوجب المشرع اشتماله على إعلان المدين بالسند التنفيذى مع تكليفه بالوفاء بالدين " .

(طعن رقم ٢٣٥ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٩/١٠/٢١)

٢- " التقادم وفقا لنص المادة ٣٨٣ من القانون المدنى لاينقطع إلا بالمطالـــبة القضـــائية أو بالتنبيه أو بالحجز ، والتكليف بالوفاء السابق على طلب أمر الأداء لا يعتبر تنبيها قاطعا للتقادم وإنما هو مجـــرد إنـــذار بالدفع لايكفى لترتيب هذا الأثر إذ المقصود بالتنبيه الـــذى يقطع التقادم هو التنبيه المنصوص عليه في المادة ٤٦٠ من قـــانون المرافعات السابق ، وفى المادة ٢٨١ من قانون المرافعات

القديـم ، والـذى يوجب المشرع اشتماله على إعلان المدين بالسند التنفيذى مع تكليفه بالوفاء بالدين " .

(طعن رقم ٤١٦ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٧٨/٤/١٧)

ولـم يشـترط الشارع عبارات معينة للتنبيه ، فيكفى أى عبارة تدل بذاتها على تصميم صاحبها على التكليف بالوفاء .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" لمـا كـان من المقرر قانونا أن الذى يقطع التقادم هو إعلان السـند التنفـيذى المتضـمن التكلـيف بالوفاء ولم يشترط المشرع عبارات معينة لهذا التكليف فيكفى أى عبارة بذاتها تدل على تصميم صاحبها على هذا التكليف وإذ استخلص الحكم المطعون فيه من أن إعـلان السـند التنفيذى تضمن التكليف بالوفاء بقوله "وحيث إن ما يـنعاه المسـتأنفون على الحكم المستأنف في محله ذلك لأن المادة ٣٨٣ من القانون المدنى تنص على أن التقادم ينقطع بالتنبيه ويبين مـن الـرجوع إلـى الحكم المنفذ به أن المستأنفين فيه نبهوا على مديـنهما بـنفاذ مفعوله ومن ثم ينقطع التقادم وتبدأ مدة جديدة عملا بالمـادة ٣٨٥ من القانون المدنى" وإذ كان هذا الاستخلاص سائغا ويؤدى عقلا إلى معنى التكليف بالوفاء الذى تضمنته المادة ٢/٢٨١ من قانون المرافعات الحالى (م ٤٦٠ من قانون المرافعات السابق) واعتمد الحكم هذا الإعلان المتضمن التكليف بالوفاء يكون قد التزم صحيح القانون ويكون النعى عليه بهذا السبب على غير أساس".

(طعن رقم ٧٥٦ لسنة ٤١ ق جلسة ١٩٨١/١٢/٣١)

وإذا كان التنبيه صحيحا شكلا ترتب عليه قطع التقادم كالمطالبة القضائية بشرط أن يكون السند التنفيذى صحيحا [1].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " الحكم في معارضة المدين في تنبيه نزع الملكية ، بإلغاء هـذا التنبيه يترتب عليه اعتباره كأن لم يكن وزوال ما كان للتنبيه من أثر في قطع التقادم " .

(طعن رقم ٢٧٩ لسنة ٢٧ ق جلسة ١٩٦٢/١٢/١٣)

٢- " قـيام الدائـن بالتنبيه أو بالحجز على المدين لنزع ملكية عقاره وإن كان يعد بذاته إجراء قاطعا للتقادم المسقط لحقه في ذمة مدينه يبدأ بموجبه سريان التقادم من جديد إلا أن الحكم بإلغاء قائمة شروط البيع لبطلان سند التنفيذ أو بطلان حق الحاجز في التنفيذ به يستتبع حتما بطلان التنبيه الذى أعلن دون سند صحيح يخول الحق في التنفيذ بمقتضاه فلا يكون للتنبيه أثر في قطع التقادم " .

(طعن رقم ١٦٨ لسنة ٣٢ ق جلسة ١٩٦٦/١١/٢٢)

---

(١) مذكـرة المشروع التمهيدى جـ٣ ص ٣٣٢ - السنهورى الجزء الثالث المجلد الثانى ص ١٣١٦ - عبد المنعم الصده ص ٦١٧.

كما قضت بأن :

١- " إن القانون لايعتبر مجرد الإنذار قاطعا لمدة التقادم " .

(طعنان رقما ٣٦ لسنة ١ ق ، ٦ لسنة ٢ق جلسة ١٩٣٢/٤/٢٨)

٢- " الأصل طبقا للقواعد العامة في القانون المدنى الملغى أن التنبـيه الـذى يقطع التقادم هو الذى يكون على يد محضر على ما جرى به قضاء محكمة النقض ..... الخ " .

(طعن رقم ١١١ لسنة ٢٥ ق جلسة ١٩٥٩/١٢/٣)

٣- " إعـلان السـند التنفيذى متى تضمن التنبيه بالوفاء يعتبر إجراء قاطعا للتقادم " .

(طعن رقم ٢٤ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٤/١٢/٣)

ولايشـترط أن يعقـب التنبيه التنفيذ بطريق الحجز على أموال المديـن بل يعد التنبيه قاطعا للتقادم حتى ولو لم يعقبه حجز ، ومع ذلـك فإذا تلاه حجز ، وكان هذا الحجز باطلا ، ظل التنبيه حافظا لأثـره مـن حيـث قطـع التقادم ، وفى هذه الحالة يبدأ التقادم في السريان من جديد من تاريخ إعلان التنبيه (١).

وكمـا يعتبر التنبيه قاطعا للتقادم المسقط يصح أيضا أن يقطع الـتقادم المكسب ، كما لو حصل المالك على حكم ضد واضع اليد

---

(١) محمد كامل مرسى ص ٢٨٧- المستشار محمد عبد اللطيف ص ١٧١- السنهورى الجزء الثالث المجلد الثانى ص ١٣١٦.

يلزمه بإخلاء العقار فيوجه إليه المالك تنبيها بناء على حكم الإخلاء قبل أن يلجأ إلى التنفيذ الجبرى ، فعندئذ يحدث التنبيه أثره القانونى ويترتب عليه زوال كل أثر لمدة وضع اليد السابقة عليه (١).

ويقــوم مقـــام التنبيه في قطع التقادم الإنذار الذى يوجهه الدائن المرتهن لحائز العقار المرهون بالدفع أو التخلية .

إذ تنص المادة ٤١١ من قانون المرافعات على أنه : " إذا كان العقـــار مـــثقلا بتأمين عينى وآل إلى حائز بعقد مسجل قبل تسجيل التنبيه وجب إنذاره بدفع الدين أو تخليته العقار وإلا جرى التنفيذ في مواجهـــته . ويجب أن يكون الإنذار مصحوبا بتبليغ التنبيه إليه وإلا كـــان بـــاطلا ويترتـــب علـــى إعلان الإنذار في حق الحائز جميع الأحكام المنصوص عليها في المواد من ٤٠٦ إلى ٤١٠" .

فهذا الإعلان يقوم هو أيضا مقام التنبيه في قطع التقادم بالنسبة لدعـــوى الرهن فهو يعتبر من مقدمات التنفيذ . والسند الذى يجرى

---

(١) رمضان أبو السعود ص٤٤٦ – المستشار محمد عبد اللطيف ص١٧١- منصـــور مصطفى منصور ص ٤١٢ – محمد كامل مرسى ص ٢٨٦ وقـــارن رأيـــا يذهـــب إلى أن هناك طرقا لقطع التقادم المسقط لايمكن تطبـــيقها علـــى الـــتقادم المكسب لاختلافهما في الطبيعة من ذلك التنبيه والحجـــز ، لأن هـــذه الإجراءات تفترض أن دائنا يطالب مدينا ، فهى مقصورة على التقادم المسقط للالتزام (عبد المنعم البدرلوى ص ٥٠٣- محمـــد على عرفه ص ٢٨٤ ومابعدها – السنهورى الجزء التاسع ص ١٤٢٤ ومابعدها) .

التنفـيذ بموجـبه هو عقد الرهن ، ومن ثم فإن إنذار الحائز يقطع التقادم الذى كان ساريا ضد الدائنين المرتهنين في دعوى الرهن[١].

وتقضـى المادة ١٠٦٧ مدنى بأنه يجوز لكل ذى حق مقيد على العقـار المطلوب تطهيره ولكل كفيل لحق مقيد أن يرفض عرض الحائز لقيمة العقار وأن يطلب بيعه وذلك في مدى ثلاثين يوما من إعـلان عرض القيمة ، ولما كان هذا الطلب يتم بإعلان يوجه إلى الحائـز وإلى المالك السابق ، فهو يقوم مقام التنبيه في قطع التقادم بالنسبة إلى دعوى الرهن [٢].

والملاحـظ أن التنبيه السابق هو الذى يوجهه صاحب الحق إلى الحائـز . أما تنبيه نزع الملكية وما يتبعه من إجراءات فهو إجراء موجـه إلى المدين قبل دائنه وأثره الوحيد هو قطع التقادم المسقط للديـن فـي ذمـة المدين ، ولاتأثير له على من يكون واضعا يده المكسـبة للملـك حيـث لايقطعها إلا رفع دعوى الملكية عليه من المالك الحقيقى .

---

(١) محمد كامل مرسى ص ٢٨٨ ومابعدها .

(٢) المستشار محمد عبد اللطيف ص ١٧٢ .

ثالثا : الحجــز

٢٥٥ـ مضمون هذا السبب :

تنص المادة ٣٨٣ على أن التقادم ينقطع بالحجز .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" الحجــز الــذى يــنقطع به التقادم طبقا لنص المادة ٣٨٣ من التقنيــن المدنــى هو الذى يوقعه الدائن ضد مدينه ليمنع به التقادم الــذى يهدد دينه بالسقوط ، وإذ كانت أوراق الدعوى خالية من أى دليل على توقيع حجوز من المطعون ضده ضد مدينه – الطاعن – فــإن ســكوت الحكم المطعون فيه عن بيان تاريخ الحجزين اللذين يقصدهما وأطرافهما وسائر البيانات التى تعين على ترتيب آثارهما فــي قطــع التقادم السارى لمصلحة الطاعن من تاريخ قبضه رسم الترخــيص تطبــيقا لنص الفقرة الثانية من المادة ٣٧٧ من التقنين المدنــى يجعله قاصر البيان لما ينبنى على هذا التجهيل من تعجيز هذه المحكمة عن مراقبة صحة تطبيق القانون " .

(طعن رقم ٤٣٨ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٧/٣/٢٨)

وإذا كان الحجز يسبقه ضرورة التنبيه ، والتنبيه يقطع التقادم ، إلا أنه توجد بعض الحجوز يجوز استثناء من القاعدة العامة توقيعها من غير تنبيه سابق ، وذلك مثل الحجز التحفظى . ومن ثم لاينقطع التقادم في الحجز التحفظى إلا من وقت توقيع الحجز .

ويبدأ التنفيذ على العقار بإعلان التنبيه بنزع الملكية إلى المدين (م ٤٠٢ مدنـــى) ويترتـــب علـــى هذا التنبيه قطع التقادم السارى لمصـــلحة المديـــن . ويترتـــب علـــى تسجيل التنبيه اعتبار العقار محجوزا (م٤٠٤) ، أى أن المشرع يعتبر العقار موضوعا تحت يد القضاء ، وبالتالى فيعتبر هذا التسجيل قاطعا للتقادم .

ولمـــا كان التنبيه بنزع الملكية يقطع التقادم ، فإنه إذ سجل هذا التنبيه وهو بمثابة حجز فإنه ينقطع به التقادم مرة أخرى .

وتسجيل التنبيه بنزع الملكية لايبقى منتجا آثاره ما شاء الدائن، بـــل يسقط هذا التسجيل إذا كان التنفيذ في مواجهة حائز العقار ولم يســـجل مباشـــر التنفـــيذ إنذار الحائز ويؤشر بتسجيله على هامش تســـجيل التنبيه خلال خمسة عشر يوما من تاريخ تسجيل التنبيه (م ٤١٢ مـــرافعات) . وإذا سقط التسجيل على هذا النحو زال أثره في قطـــع التقادم ، وأيضا يزول أثر التنبيه في قطع التقادم ، ولايعتبر الـــتقادم قد انقطع لا بالحجز ولا بالتنبيه ويبقى مستمرا في سريانه منذ البداية [١].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إذا لم يودع الدائن مباشر الإجراءات قائمة شروط البيع خلال المائـــتى وأربعين يوما التالية لتسجيل تنبيه نزع الملكية فإن تسجيل

---

(١) المستشار على أحمد حسن ص ٧٩ .

هذا التنبيه يسقط بقوة القانون وفقا للمادة ٦١٥ من قانون المرافعات وبسقوطه يعتبر التنبيه وكأنه لم يسجل . وإذ كانت المادة ٦١٣ من ذلك القانون ترتب على عدم تسجيل التنبيه قبل انقضاء ستين يوما على إعلانه اعتباره كأن لم يكن فإن التنبيه يفقد بذلك كل آثاره القانونية ومن ضمنها أثره في قطع التقادم . ولايمكن القول بأن تنبيه نزع الملكية حتى تم صحيحا يبقى له أثره في قطع التقادم اعتبارا بأنه يتضمن تكليفا للمدين بالوفاء ذلك أن هذا التكليف غير منفصل عن تنبيه نزع الملكية بل هو أحد بياناته ومشتملاته ومتى زال التنبيه فإنه يزول بجميع مشتملاته وآثاره " .

(طعن رقم ٣٨٧ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٥/٤/٨)

ويذهب الفقه[١] إلى أن الحجز عادة يقطع المدة بالنسبة للتقادم المسقط ، أما الحالات التى ينقطع فيها التقادم المكسب بالحجز

---

(١) المستشار محمد عبد اللطيف ص ١٧٥ ومابعدها – منصور مصطفى منصور ص٤١٤ – محمد كامل مرسى ص ٢٩٢ – وراجع الرأى الذى ذهب إلى أن الحجز لايقطع التقادم المكسب (البند السابق ص ٦٥٢ هامش (١)) .

وتنص المادة ٣٨٣ مدنى على سبب آخر للتقادم هو الطلب الذى يتقدم به الدائن لقبول حقه في تفليس أوفي توزيع ، ولكن هذا السبب لايسرى على التقادم المكسب (السنهورى ص ١٤٢٦وما بعدها) . أما عما تنص عليه هذه المادة ضمن أسباب قطع التقادم على : " أى عمل يقوم به الدائن للتمسك بحقه أثناء السير في إحدى الدعاوى ، فقد عرضنا له أثناء تناول المطالبة القضائية .

فنادرة ويمكن تصورها في حالة ما إذا رفع شخص دعوى استحقاق ضـــد الحائز فقضى له بطلباته مع إلزام الحائز بمبلغ من النقود عن كـــل يوم يتأخر فيه عن تخلية العقار ، فإذا قام المالك بتوقيع الحجز علـــى أمـــوال الحائـــز وفاء لهذه المبالغ المترتبة على عدم إخلائه العيـــن، فإنه يترتب على هذا الحجز قطع التقادم السارى لمصلحة الحائز .

رابعا : إقرار الحائز بحق المالك

٢٥٦- النص القانوني :

تنص المادة ٢٨٤ مدنى الواردة في التقادم المكسب – على أن: " ينقطع التقادم إذا أقر المدين بحق الدائن إقرارا صريحا أو ضمنيا.

٢- ويعتـــبر إقرارا ضمنيا أن يترك المدين تحت يد الدائن مالا مرهونا رهنا حيازيا تأمينا لوفاء الدين " .

ولاينطبق من هذا النص على التقادم المكسب إلا الفقرة الأولى، أمـــا الفقـــرة الثانـــية فيقتصر تطبيقها على التقادم المسقط . ولذلك ستقتصر دراستنا هنا على الفقرة الأولى من المادة .

٢٥٧ـ قطع التقادم بالإقرار :

تنص الفقرة الأولى من المادة صراحة على أن ينقطع التقادم إذا أقر المدين بحق الدائن إقرارا صريحا أو ضمنيا(١).

ذلك أن الإقرار لايقتصر أثره على أنه تقرير للواقع ، وإلا كان واقعـة مادية لا تكفى بذاتها لقطع التقادم ، وإنما ينطوى فضلا عن ذلك على تصرف قانونى هو النزول عما انقضى من مدة التقادم.

وقـد رأيـنا سلفا أن هذا النزول جائز ، إذ يجوز التنازل عن الـتقادم بعد ثبوت الحق فيه ، أى بعد اكتمال مدته وتوفر شروطه الأخـرى ، ويجوز من باب الأولى النزول عما انقضى من المدة . فـإذا صـدر هذا الإقرار انقطع التقادم ، فتسقط المدة التى مضت ويسرى تقادم جديد يبدأ من وقت صدور الإقرار (٢).

والإقـرار تصـرف من جانب واحد . فهو ينعقد بإرادة الحائز وحدهـا، فلا تكون هناك حاجة إلى أن يقبله صاحب الحق . بل إنه تعبـير عن الإرادة غير واجب التسليم ، بمعنى أنه لايتعين إعلانه لشـخص معيـن حتى يتحقق أثره القانونى ، فهو ينتج أثره قبل أن

---

(١) أغفـل التقنيـن المدنى القديم النص على الإقرار كسبب لقطع التقادم . ورغـم ذلـك جرى القضاء على اعتبار الإقرار قاطعا للتقادم (استئناف مصر ١٤ نوفمبر ١٩٢١ – استئناف مختلط ٨ ديسمبر ١٩٣٢).

(٢) السـنهورى ص ١٤٤٠ ومـا بعدهـا – عبد المنعم الصده ص ٦١٧ ومابعدها.

يصــل إلــى علم الحائز . ولايحوز للحائز بعد صدوره أن يرجع فيه[١].

٢٥٨ـ الإقرار الصريح والإقرار الضمني :

الإقــرار إما أن يكون صريحا أو ضمنيا ولايشترط في الإقرار الصريح أن يتم في شكل خاص ، فأى تعبير عن الإرادة يفيد معنى الإقرار بالحق يكفى .

فيصــح أن يكون الإقرار ثابتا في محرر عرفى أو رسمى، كما لو كان ثابتا في صورة رسالة موجهة من المدين أو الحائز يعترف فــيها بحق الدائن أو المالك . أو يكون مكتوبا في عقد يبرمه المدين أو الحائــز مع الغير دون وساطة من الدائن أو المالك ، كما لو باع الحائز عقارا لآخر ، وأقر في عقد البيع بأن الأرض المبيعة محملة بحق لصالح جهة وقف معين ليست طرفا في العقد .

ويصح أن يكون الإقرار مكتوبا في محضر جرد لتركة الحائز، أو في مذكرة مقدمة في قضية .

كمــا يعتبر إنذار العرض بمثابة إقرار قاطع للتقادم سواء تلاه الإيــداع أم لا ، ولو لم يصادف قبولا من الجانب الآخر كما يصح أن يكون الإقرار شفاهة أمام القضاء أو في غير مجلس القضاء [٢].

---

(١) عبد المنعم الصده ص ٦١٨ – عبد المنعم البدراوى ص ٥٠٩ .

(٢) السنهورى جـ٩ ص ١٤٤٢ – عبد المنعم الصده ص ٦١٩ .

ويقطــع الإقــرار التقادم ولورد في عقد باطل إذا كان البطلان لايشوب الإقرار نفسه ، فإذا تضمنت تسوية إقرارا بالدين ثم أبطلت التسوية ، بقى الإقرار قاطعا للتقادم [١].

ويشــترط فــي الإقــرار أن يكــون كاشفا عن نية الحائز في الاعتراف بالحق .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " يشترط في الإقرار القاطع للتقادم أن يكون كاشفا عن نية المديــن فــي الاعــتراف بالدين . فإذا كانت محكمة الاستئناف قد اعتبرت ما احتواه طلب التسوية من خلط بين الديون ومن القول في أكــثر مــن موضــع أن الديون مسددة وميتة – اعتبرت هذا لبسا وغموضــا فــي الإقــرار يجعلــه غير كاشف عن نية المدين في الاعــتراف بالدين وهو ما يلزم توافره في الإقرار القاطع للتقادم ، فــإن هــذا التعلــيل السائغ يكفى لحمل قضاء الحكم المطعون فيه ويكون النعى عليه بالقصور على غير أساس " .

(طعن رقم ٤٥١ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٤/١١/١٩)

٢- " إذا كــان الحكم المطعون فيه قد خلص في نطاق السلطة الــتقديرية لمحكمــة الموضوع التى تستقل بها بلا رقابة عليها من محكمــة الــنقض إلى أن تقديم الطاعن طلب تسوية دينه إلى لجنة

---

(١) استئناف مختلط ف ٨ ديسمبر ١٩٣٢.

التسـوية العقارية يعتبر إقرارا منه بالمديونية يقطع التقادم وهو ما يكفـي وحـده دعامـة لحمل الحكم في قضائه برفض دفع الطاعن المؤسس على سقوط الأحكام المنفذ بها بالتقادم ، فإن الحكم لايكون قد خالف القانون ".

(طعن رقم ٢ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٥/١١/٣٠)

٢- " إقـرار المدين صراحة أو ضمنا بحق الدائن من الأسباب القاطعـة للـتقادم طـبقا للفقرة الأولى من المادة ٣٨٤ من القانون المدنـى. فإذا كانت المحكمة لم تلتفت إلى تمسك الطاعنة بهذا ولم تـرد علـيه وعلـى المسـتند المقدم منها في شأنه رغم أنه دفاع جوهـرى لـو صح قد يتغير به وجه الرأى في الدعوى فإن الحكم المطعون فيه يكون قد شابه قصور في التسبيب " .

(طعن رقم ٢١٣ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٧/١٢/١٢)

٣- " مـؤدى نـص المادة ٣٨٤ من التقنين المدنى أنه إذا أقر المديـن بحـق الدائـن إقرارا صريحا أو ضمنيا فإن من شأن هذا الإقـرار أن يقطـع التقادم والمقصود بالإقرار هو اعتراف شخص بحق عليه لآخر بهدف اعتبار هذا الحق ثابتا في ذمته وإعفاء الآخر مـن إثـباته ، ومن مقتضى ذلك اتجاه الإرادة فيه نحو إحداث هذا الأثـر القانونى ومن ثم فإنه يتعين لكى ينتج إقرار المدين أثره في قطـع الـتقادم أن يـنطوى علـي إرادة المدين النزول عن الجزء

المنقضـــى من مدة التقادم ، فمتى كان الحق المدعى به متنازعا في جــزء مــنه وقــام المدين بسداد القدر غير المتنازع فيه ، فإن هذا الوفــاء لاينطوى على إقراره بمديونيته بالجزء موضوع النزاع أو نزوله عما انقضى من مدة التقادم بالنسبة إليه . لما كان ذلك وكان الواقــع فــي الدعــوى أن نزاعا ثار بين الطاعن والمطعون عليه الأخير ومورثة باقى المطعون عليهم منذ بداية تملك الأخيرين لعين الــنزاع حــول مقدار الأجرة القانونية ودأب الطاعن على سدادها وفــق القــدر الــذى يدعــيــه هو واستمر الوضع كذلك حتى أقام المالكــان الدعوى الحالية مطالبين بالفروق المستحقة لهما عن المدة الســابقة ، فإن الحكم المطعون فيه إذ رفض الدفع بالتقادم الخمسى المــبدى من الطاعن على سند من أن هذا الوفاء يعد إقرارا قاطعا للــتقادم بالنســبة للفروق المتنازع عليها ، يكون قد أخطأ في تطبيق القانون " .

(طعن رقم ١٧٢ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٧٨/١٢/٢٧)

٤- " لئن كان مؤدى نص المادة ٣٨٤ من التقنين المدنى أنه إذا أقــر المدين بحق الدائن إقرارا صريحا أو ضمنيا فإن من شأن هذا الإقــرار أن يقطــع الــتقادم ، إلا أنه لما كان المقصود بالإقرار –

وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – هو اعتراف شخص بحق عليه لآخر بهدف اعتبار هذا الحق ثابتا في ذمته وإعفاء الآخر من إثباته فإنه يشترط في الإقرار القاطع للتقادم أن يكون كاشفا عن نية المدين في الاعتراف بالحق المدعى به " .

(طعن رقم ٩٤٣ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٨/٣/٢٤)

وبيان دلالة الورقة الصادرة من المدين في اعترافه وفيما يترتب على ذلك من الأثر في قطع التقادم من المسائل الموضوعية التى لاتخضع لرقابة محكمة النقض .

إذ ذهبت محكمة النقض إلى أن :

١- " بيان دلالة الورقة الصادرة من المدين في اعترافه بالدين محل النزاع وفيما يترتب على ذلك من الأثر في قطع التقادم هو- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – من المسائل الموضوعية التى لاتخضع لرقابة محكمة النقض " .

(طعن رقم ٤٥١ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٤/١١/١٩)

٢- " بيان دلالة الورقة الصادرة من المدين في اعترافه بالدين محل النزاع وفيما يترتب على ذلك من الأثر في قطع التقادم هو وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة من المسائل الموضوعية التى لاتخضع لرقابة محكمة النقض " .

(طعن رقم ٤٥ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩/١١/١٩٦٤)

أمـــا الإقرار الضمنى ، فيستفاد من أى عمل يصدر من الحائز تـنطوى دلالته على معنى الإقرار ، كما لو دفع الحائز أجرة العين التى يحوزها للمالك ، أو طلب منه القيام بإصلاح فيها .

وإذا عرض الحائزعلى المالك أن يدفع مبلغا على سبيل الصلح، لـم يعتـبر هـذا العرض إقرارا ضمنيا بحق المالك ، إذ أن رغبة الحائز في الصلح وحسم النزاع لايستخلص منها حتما أنه يقر بحق المالك، وعدم منازعة المدين فى دعوى الحراسة وضع أمواله تحت يـد الحـارس والترخـيص لـه فى اقتضاء حق الدائن من ريعها لاينطوى على إقرار ضمنى بالحق .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

وعـدم منازعة المدين في دعوى الحراسة ووضع أمواله تحت يـد الحـارس والترخـيص له فـي اقتضاء حق الدائن من ريعها لاينطوى على إقرار ضمنى بالحق ، ذلك أن المدين لايترك أمواله بإرادته تحت يد الحارس حتى ينسب إليه ما يتضمن هذا الإقرار ، وإنما هو يلتزم بذلك تنفيذا لحكم الحراسة . كما أن مطالبة الحارس بتقديم كشف الحساب لايمكن اعتبارها بالتالى ونتيجة ما تقدم إقرارا ضمنيا بالحق قاطعا للتقادم " .

(طعن رقم ١٦٨ لسنة ٣٢ ق جلسة ٢٢/١١/١٩٦٦)

وقاضى الموضوع هو الذى يقدر ما إذا كان العمل الذى صدر من الحائز ينطوى على إقرار ضمنى ولا معقب على تقديره من محكمة النقض [١].

فقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " المسائل المتعلقة بانقطاع مدة التقادم يكون مناط خضوعها لرقابة محكمة النقض هو التفرقة بين ما إذا كان قطع مدة التقادم مترتبا على اعتراف واضع اليد أو المدين بالحق المطالب هو به اعترافا يجب الرجوع في استفادته إلى فعل مادى مختلف على دلالته، أو إلى ورقة مقدمة في الدعوى مختلف على دلالتها الصريحة أو الضمنية كذلك ، وبين ما إذا كان قطع المدة مترتبا على ورقة الطلب المقدم للمحكمة بالحق المطلوب استرداده أو اقتضاؤه ، ففى الصورة الأولى يكون حكم قاضى الموضوع مبنيا على ما استنتجه هو من الأفعال أو الأوراق المقدمة المتنازع على دلالتها الفعلية ، ولا رقابة لمحكمة النقض عليه في ذلك . أما في الصورة الثانية فما دام النزاع بين خصوم الدعوى قائما على ما يكون لورقة الطلب من الأثر القانونى في قطع مدة التقادم وعلى متى تكون الورقة قاطعة ، وفيم تكون ، أى على ما اشترطه القانون في ورقة الطلب Demande enjustise من الشرائط القانونية ، فيكون فصل المحكمة في ذلك فصلا في مسألة قانونية تخضع فيه لمراقبة محكمة النقض " .

---

(١) السنهورى ص ١٤٤٢ – عبد المنعم الصده ص ٦١٩ .

(طعن رقم ٣٣ لسنة ١ ق جلسة ١٩٣١/١٢/٢٤)

٢- "متى كان الحكم إذ انتهى في تكييفه للمحرر المدعى بقطعه الـتقادم بصيغته المدونة على حكم الدين إلى أنه إقرار لا مخالصة بـناء علـى الاعتبارات السائغة التى أوردها وإلى أن هذا الإقرار لايكـون حجة على الغير إلا بثبوت تاريخه وفقا للمادة ٣٩٥ مدنى فإنـه لاتجـوز المجادلـة فـي هذا التكييف ، والقول بأن المحرر مخالصـة يجوز إعفاؤها من قيد ثبوت التاريخ لأنه سواء اعتبرته المحكمـة إقرارا يتحتم ثبوت تاريخه لإمكان نفاذه في حق الغير أو اعتـبرته مخالصة ولكنها بما لها من خبرة من ظروف الدعوى ما يدعـو إلى إعفائها من شرط ثبوت التاريخ فلا معقب على تقديرها لأن ذلـك مما يستقل به قاضي الدعوى ولا سبيل إليه لدى محكمة النقض " .

(طعن رقم ١٨٣ لسنة ٢٢ ق جلسة ١٩٥٥/١٢/٨)

٢٥٩ـ ورود تحفظات بالإقرار :

قد يكون الإقرار مقرونا بتحفظات وفى هذه الحالة يجب التمييز بيـن مـا إذا كانـت هذه التحفظات عامة ترد عادة في المذكرات والأوراق الـتى يتبادلها الخصوم ، فمثل هذه التحفظات يجب عدم الـتعويل عليها كما لو ذكر في محضر العرض الصادر من المدين بأنـه يـؤدى قيمة الفوائد رغم اعتقاده بعدم وجوبها ، أو أنه يؤدى قيمة الدين مؤقتا حتى يستطيع إثبات براءة ذمته منه . أما إذا كانت

الـتحفظات دقـيقة ومحددة بحيث تبدو أنها متعارضة مع الإقرار ، وجـب القول بانتفاء الإقرار كأن يقرر المدين في محضر العرض أنه يعرض الوفاء على سبيل التضحية ، أو كى يتفادى رفع دعوى ضـده ، فإنـه يجـوز للمدين التمسك بالتقادم إذا رفض الدائن هذا العرض إذ لايستطيع الدائن الاحتجاج بأن عرض الدين يعتبر بمثابة نـزول ضـمنى عـن التقادم ، لأن العرض هنا لم يكن على سبيل الوفـاء، وإنمـا كان على سبيل التضحية ليتفادى المدين إجراءات التقاضى [1].

٢٦٠ـ طلب براءة الذمة لايعتبر إقرارا :

الدعـوى المرفوعة ممن هو مطالب بالحق ، لا من صاحبه ، ويكـون موضوعها طلب القضاء ببراءة ذمته مما يدعيه قبله دائنه، لاتعتـبر إقرارا قاطعا للتقادم من المدين رافع الدعوى ، لأن المدين الـذى رفع بدعوى براءة ذمته من الدين لايعتبر مطلقا أنه اعترف بالدين اعترافا يفوت عليه سقوط الحق بالتقادم [2].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- إن المديـن إذا رفع دعوى ببراءة ذمته من الدين فإن ذلك لايعتبر اعترافا بالدين ينقطع به التقادم " .

---

(١) المستشار محمد عبد اللطيف ص ٨٣ وما بعدها .

(٢) محمد كامل مرسى ص ٣٠٢ .

(طعن رقم ١٩ لسنة ٨ ق جلسة ١٩٣٨/١١/١٧)

٢- إن رفع الدعوى من المدين ببراءة ذمته من الدين لانقضائه بالتقادم ينافى اعتباره معترفا بالدين اعترافا يقطع مدة التقادم التى لم تكن قد تكاملت. كما أن تمسك الدائن بدينه في تلك الدعوى ليس هو التنبيه الرسمى المنصوص عليه في المادة ٨٢ من القانون المدنى ، وهـــو لايغنى عن التنبيه ولا عن التنفيذ ، لأنهما هما وحدهما اللذان يصلحا لقطع سريان التقادم على الدين " .

(طعن رقم ١١ لسنة ١٥ ق جلسة ١٩٤٦/١/١٧)

٣- " لمـــا كـــان نص الفقرة الثانية من المادة ٣٧٧ من القانون على أن "يتقادم بثلاث سنوات ... الحق في المطالبة برد الضرائب والرســـوم التى دفعت بغير حق ويبدأ سريان التقادم من يوم دفعها" وكانت صحيفة الدعوى المرفوعة بحق لاتعتبر قاطعة – للتقادم إلا فـــي خصوص هذا الحق وما لحق به من توابعه فإن تغاير الحقان فالطلـــب الحاصل بأحدهما لا يكون قاطعا للتقادم بالنسبة إلى الحق الآخـــر ولمـــا كـــان موضوع دعوى براءة الذمة من الدين تختلف طبـــيعة ومصدراً عن موضوع دعوى الإلزام برده ، إذ لا يعدو أن يكـــون موقـــف المدعى في الدعوى الأولى موقفاً سلبياً يقتصر فيه علـــى مجرد إنكار الدين دون أن يرقى إلى حد المطالبة به في حين

أن دعوى الإلزام هى دعوى إيجابية تتضمن معنى الطلب الصريح الجـازم برد ذلك الدين وهو ما يتفق مع معنى المطالبة القضائية وفق مـا تـنص عليه المادة ٣٨٣ من التقنين المدنى . وكان الثابت في الدعوى أن دين الضريبة موضوع طلب الرد قد سدد من المطعـون ضده في تاريخ تسييل خطـاب الضمان الحاصل في ١٩٨٣/٥/١٦ وأن دعـوى الرد أقيمت بعد انقضاء ثلاث سنوات من هذا التاريخ فـإن هـذه الدعـوى تكـون قد سقطت بالتقادم ، وإذ خالف الحكم المطعـون فيه هذا النظر وجرى في قضائه على أن دعوى براءة الذمة من دين الضريبة والتى أقامها المطعون ضده من شأنها قطع الـتقادم بالنسبة لطلب رد ما دفعه بغير حق من هذه الضريبة فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه بما يوجب نقضه " .

(طعن رقم ٥٦ لسنة ٦١ ق جلسة ١٩٩٨/١١/٥)

٢٦١ـ الأهلية اللازمة للإقرار :

الأهلـية اللازمة لإقرار الحائز بحق المالك هى أهلية التصرف فـي العيـن التى يحوزها ، لأن هذا الإقرار قطع للتقادم ، ولو لم يقطعه فاكتملت مدته لملك الحائز العين . فالإقرار إذن ينطوى على ضرب من التصرف في العين بالنزول عنها .

وبناء على ذلك لايجوز للوصى على القاصر أو القيم على المحجور عليه أن يعترف بحق المالك على عقار في حيازة أيهما إلا بعد استئذان محكمة الأحوال الشخصية (١).

أما بالنسبة للتقادم المسقط للحق فيكفى أن يكون لدى من صدر منه الإقرار الأهلية اللازمة لإدارة الأموال المحملة بالالتزام المتعلق به الإقرار القاطع للتقادم . لأن الإقرار القاطع للتقادم المسقط يتمخض نزولا عن مدة التقادم ولاينطوى على تصرف في الحق . فالصبى المأذون إقراره صحيح وقاطع للتقادم المسقط في حدود أهليته للإدارة (٢).

ويلاحظ أن الإقرار حجة قاصرة على المقر ومن ثم فإن إقرار بعض الورثة بالدين الثابت في ذمة مورثهم لايترتب عليه قطع التقادم بالنسبة لمن عداهم .

---

(١) محمد كامل مرسى ص ٣٠٢ وما بعدها – السنهورى ص ١٤٤١- محمد على عرفه ص ٢٩٢- المستشار محمد عبد اللطيف ص ١٨١ وما بعدها – وعكس ذلك عبد المنعم الصده ص ٦١٨ – عبد المنعم البدراوى ص ٥٠٩ وما بعدها ، فيريان أن هذا الإقرار ليس نزولا عن الحق المقر به ، لأن الحائز لم يكسب هذا الحق بعد ، ولايعتبر في مقام النزول عن هذا الحق ، لأن نزول فحسب عما انقضى من مدة التقادم .

(٢) السنهورى ص ١٤٤١ .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" الإقرار حجة قاصرة على المقر. ومن ثم فإقرار بعض الورثة بالدين الثابت في ذمة مورثهم لايترتب عليه قطع التقادم بالنسبة لمن عداهم " .

(طعن رقم ٤٩٥ لسنة ٢٦ ق جلسة ١٩٦٢/٦/٧)

٢٦٢- إثبات الإقـرار :

يقع عبء إثبات الإقرار على صاحب الحق الذى يدعى انقطاع الـتقادم . ويخضـع هذا الإثبات للقواعد العامة في إثبات التصرف القـانونى . فتجـب الكتابة أو ما يقوم مقامها في إثبات الإقرار إذا زادت قـيمة الحـق المقـر به على خمسمائة جنيه ، سواء صدر الإقـرار في صورة اتفاق بين الحائز وصاحب الحق أو صدر من جانب الحائز وحده دون أى اتفاق .

وتنطـبق هـذه القـاعدة أيضا في إثبات الإقرار الضمنى الذى يسـتخلص من تصرف قانونى صادر إلى صاحب الحق ، كما في حالة دفع أجرة العين محل الحيازة ، حتى لو كان مقدار هذه الأجرة لايجـاوز خمسمائة جنيه ، مادام أن الحق محل الحيازة تزيد قيمته علـى هـذا النصاب . أما لو استخلص هذا الإقرار من تصرف لم

يكن صاحب الحق طرفا فيه فإنه يجوز إثباته بكافة الطرق شأنه في هذا شأن الإقرار الذى يستفاد من وقائع مادية[١] .

ويجـوز توجـيه اليمين الحاسمة عن الوقائع القاطعة للتقادم . ويلاحـظ هـنا أن اليمين لاتنصب على واقعة وجود الدين في ذمة المدين ، وإنما تنصب فقط على العمل القاطع للتقادم .

وكذلـك يجـوز للمالك أن يطلب استجواب المدين (الحائز) أو مناقشـته بشأن الإقرار القاطع للتقادم المدعى به عليه . وإذا كانت الورقـة الـتى تتضمن الإقرار بالدين ورقة عرفية ، فهى لاتعتبر حجة على الغير إلا إذا كانت ثابتة التاريخ [٢].

ويجوز أيضا إثبات الإقرار القاطع للتقادم بسند مؤيد لسند سابق والمراد بالسند المؤيد هو السند الذى يتضمن إقرارا بحق سبق إثباته في محرر يسمى الأصلى . ويتميز السند المؤيد عن مطلق الإقرار بـالحق بأنـه لايتضمن إقرارا على إطلاقه بل يشير إلى أن الحق المقـر به قد سبق إثباته في سند أصلى ، وعلى هذا النحو ، يصلح السند المؤيد لقطع التقادم [٣].

---

(١) عبد المنعم الصده ص ٦٢٠ – المستشار على أحمد حسن ص ٨٢ .

(٢) المستشـار محمد عبـد اللطيف ص ١٨٤ – المستشار على أحمد حسن ص ٨٣.

(٣) المستشار محمد عبد اللطيف ص ١٨٤ وما بعدها .

وكـــان المشروع التمهيدى للقانون المدنى ينص في المادة ٥٣٧ علـــى أن " السند المؤيد لسند سابق يكون حجة على المدين ، على أنـــه يجـــوز للمديـــن أن يثبـــت عدم صحة هذا السند بتقديم السند الأصلى".

وقد جاء في مذكرة للمشروع التمهيدى في خصوص هذا النص مـــا يـــأتى " السند المؤيد لسند سابق أو السند الجديد هو مايتضمن إقرارا بحق سبق إثباته في محرر يلقب اصطلاحا بالسند الأصلى". فالســـند المؤيـــد لايعتبر من قبيل الصور ، ولايستحدث جديدا على وجـــه الإطلاق ، لأنه يحمل توقيع من يجوز له الاحتجاج به قبله ، وتنحصـــر أهمـــية هـــذا السند عملا في قطع التقادم ، وتوفير دليل الإثبات، عند فقد السند الأصلى ، وتعرضه لاحتمال الفقد "(١).

غير أن لجنة المراجعة حذفت هذا النص .

٢٦٣ـ الأثر المترتب على انقطاع التقادم المكسب :

تـــنص المادة ٣٨٥ مدنى على أنه : " ١- إذا انقطع التقادم بدأ تقـــادم جديـــد يســـرى مـــن وقت انتهاء الأثر المترتب على سبب الانقطاع ، وتكون مدته هى مدة التقادم الأولى " .

٢-علـــى أنه إذا حكم بالدين وحاز الحكم قوة الأمر المقضى أو إذا كـــان الدين مما يتقادم بسنة واحدة وانقطع تقادمه بإقرار المدين كانـــت مـــدة التقادم الجديد خمس عشرة سنة ، إلا أن يكون الدين

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ٣ ص ٣٦٤ هامش (١) .

المحكــوم به متضمنا لالتزامات دورية متجددة لاتستحق الأداء إلا بعد صدور الحكم " .

فــإذا كان سبب انقطاع التقادم المكسب هو المطالبة القضائية ، فالــتقادم الذى ينقطع بهذه المطالبة يمتد طوال الوقت الذى يستغرقه سير الدعوى ، بمعنى أن حق المدعى يبقى بمأمن من كل سبب يكون أساسه مضى الزمن . فيبقى التقادم منقطعا حتى يقضى فيها [(١)].

والحكم في الدعوى لايخرج عن أربعة فروض :

١- أن يكون الحكم في غير موضوع الدعوى عدا الحكم بعدم الاختصاص :

كأن يكون قد حكم ببطلان صحيفتها أو اعتبارها كأن لم تكن ، أو بسقوط الخصومة أو بانقضائها، أو بإثبات ترك الخصومة فيها .

ففــى هذا الفرض يترتب على هذا القضاء زوال ما ترتب على صحيفة الدعوى من أثر في قطع التقادم ، فكأن الخصومة لم تنقطع أصلا ويظل التقادم ساريا .

٢- أن يقضى في الدعوى بعدم الاختصاص :

وفى هذا الفرض يظل التقادم منقطعا طوال مدة نظر الدعوى ، لأن رفع الدعوى أمام محكمة غير مختصة قاطع للتقادم كما قدمنا. وعلى ذلك تبدأ مدة تقادم جديدة لصالح الحائز من يوم الحكم النهائى بعــدم الاختصاص ، تكون مدته هى مدة التقادم السابق . فإذا كان

---

(١) محمد على عرفه ص ٢٨٩ – المستشار محمد عبد اللطيف ص ١٥٨.

الـــتقادم الذى قطع قد بدأ بالشروط التى يتطلبها التقادم الخمسى فإن التقادم الجديد الذى يسرى من وقت الحكم النهائى بعدم الاختصاص تكـــون مدته هى مدة التقادم القديم حتى ولو كان الحائز سيء النية وقت بدء سريان التقادم الجديد .

فالـــتقادم الجديد يكون مماثلا للتقادم السابق في مدته وطبيعته ، فهـــو يحـــتفظ بكافـــة صـــفاته ويـــبقى خاضعا لنفس القواعد التى تحكمه(١).

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" الـــتقادم الـــذى يقطعه رفع الدعوى أمام محكمة غير مختصة يظل منقطعا طوال المدة التى تستغرقها الدعوى المقامة ثم يعود إلى السريان من جديد من يوم صدور الحكم النهائى بعدم الاختصاص. ويحـــتفظ التقادم الذى يبدأ في السريان بعد الانقطاع بصفات التقادم الذى قطع ويبقى خاضعا لنفس القواعد التى تحكمه " .

(طعن رقم ٢٥ لسنة ١٥ ق جلسة ١٣/١٢/١٩٤٥)

(أنظر نقض طعن رقم ٩١ لسنة ١٧ق جلسة ٢٣/١٢/١٩٤٨- منشور فيما يلى بهذا البند) .

(١) محمـــد كـــامل مرسى ص ٣١٥ وما بعدها – عبد المنعم البدراوى ص ٥٠٨ – المستشار محمد عبد اللطيف ص ١٩٢ .

٣- أن يحكم في الدعوى برفضها لعدم ثبوت حق المدعى:

وفـــى هـــذا الغـــرض لا يكون لصحيفة الدعوى أى أثر ، أى لايكـــون هـــناك قطع للتقادم ، وإنما يستمر الحائز في نفس التقادم السارى .

٤- أن يحكـــم فـــي الدعوى بطلبات المدعى بحكم حاز حجية الشيء المحكوم به :

فـــي هذا الفرض يسرى تقادم جديد ، ولكن يحكم مدته ما تنص علـــيه الفقرة الثانية من المادة ٣٨٥ مدنى فتكون مدة التقادم الجديد الـــذى يبدأ سريانه منذ صدور هذا الحكم النهائى خمس عشرة سنة كاملـــة، ولو كانت مدة التقادم السابق أقصر، لأن الحكم يعزز قوى الحق في هذه الحالة .

وينبـــنى علـــى ذلـــك أنه إذا قضى بتثبيت ملكية المدعى لعقار وكانـــت مدة التقادم المكسب الذى انقطع خمس سنوات لأن المدعى علـــيه كان يستند في وضع يده إلى سبب صحيح ، فإن مدة التقادم الجديد تصبح خمس عشرة سنة [1].

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " انقطـــاع التقادم المكسب للملكية بالمطالبة القضائية يظل قائمـــا حـــتى يقضـــى في الدعوى بحكم نهائى فيبدأ تقادم جديد منذ

---

(١) محمد كامل مرسى ص ٣١٩ومابعدها - عبد المنعم البدراوى ص ٥٠٨ وما بعدها .

صـــدور هـــذا الحكـــم . وإذ كـــان الحكـــم بانقضاء الخصومة في الاســـتئناف يترتب عليه ذات الآثار المترتبة على سقوط الخصومة بمـــا فـــي ذلك اعتبار الحكم المستأنف نهائيا وفقا للمادة ٣٠٥ من قـــانون المـــرافعات السابق (الذى يحكم واقعة الدعوى) ، فإن هذه الانتهائـــية إنمـــا تلحق الحكم المستأنف من تاريخ انقضاء مواعيد الطعـــن بالاســـتئناف ، إذ يترتـــب علـــى انقضـــاء الخصومة في الاســـتئناف إلغاء جميع إجراءاتها ، بما في ذلك صحيفة الاستئناف وفقـــا للمـــادة ٣٠٤ من قانون المرافعات السابق مما ينبنى عليه أن يصـــبح الحكم المستأنف نهائيا من تاريخ انقضاء ميعاد استئنافه – مـــتى كـــان هـــذا المـــيعاد قد انقضى قبل صدور الحكم بانقضاء الخصومة – وبالتالى يزول ما كان للدعوى من أثر قاطع للتقادم ، ويـــبدأ تقادم جديد من هذا التاريخ ، أما إذا كان ميعاد الاستئناف لم يـــنقض حتى صدور الحكم بانقضاء الخصومة في الاستئناف فإن الحكـــم المســـتأنف يعتبر نهائيا في جميع الأحوال من تاريخ الحكم بانقضـــاء الخصـــومة وفقا لنص المادة ٣٠٥ من قانون المرافعات الســـابق ، وإذ كـــان الحكـــم المطعون فيه قد التزم هذا النظر في قضائه، ورتب على الحكم بانقضاء الخصومة في الاستئناف اعتبار الحكـــم المستأنف انتهائيا من تاريخ انقضاء ميعاد استئنافه وبالتالى زوال أثـــر الدعـــوى في انقطاع التقادم ، وبدء تقادم جديد منذ هذا التاريخ ، فإنه لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ في تطبيقه " .

(طعن رقم ٢٨٠ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٦/٣/١٥)

٢- " التقادم المكسب للملكية . انقطاعه بالمطالبة القضائية حتى يقضـــى فـــى الدعــوى بحكم نهائى. الحكم بانقطاع الخصومة فى الاستئناف. أثره . اعتبار الحكم المستأنف انتهائيا من تاريخ انقضاء ميعاد استئنافه . اعتباره نهائيا من تاريخ الحكم بانقضاء الخصومة إذا كـــان مـــيعاد الاســـتئناف لم ينقض حتى صدور الحكم بانقضاء الخصومة .

(طعن رقم ٢٨٠ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٦/٣/١٥)

٣- " أمـــر تقدير الرسوم القضائية هو بمثابة حكم بالدين يصير نهائـــيا باســـتنفاذ طـــرق الطعن فيه أو بفواتها ، ومفاد نص المادة ٢/٣٨٥ من القانون المدنى أنه إذا صدر حكم نهائى بالدين أيا كانت مـــدة التقادم السابق فإنه لا يتقادم إلا بانقضاء خمس عشرة سنة من وقـــت صدور هذا الحكم ، وإذ كان الثابت من الأوراق أنه حكم في الدعـــوى رقـــم ..... بـــتاريخ ١٩٦٠/١٢/٢٥ وصدر أمر تقدير الرســـوم المســـتحقة عليها في ١٩٦١/٧/٢ وأعلن للمطعون عليه بـــتاريخ ١٩٦١/١٠/٢ فعارض فيه وحكم بتاريخ ١٩٦١/١٢/١١ بســـقوط حقـــه فـــي المعارضة للتقرير بها بعد الميعاد، وصار هذا الحكـــم نهائـــيا بعـــدم استئنافه ومن ثم فقد أصبح هذا الأمر نهائيا وتكـــون مـــدة الخمس عشرة سنة المقررة للتقادم في هذه الحالة لم تـــنقض حتى تاريخ الشروع في التنفيذ قبل رفع الدعوى الحالية في ســـنة ١٩٧٢ ، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقرر أن الرســـوم القضـــائية تـــتقادم بثلاث سنوات ورتب على ذلك قضاءه

بسقوط الحق في المطالبة بالرسوم القضائية محل النزاع ، فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون " .

(طعن رقم ٩١٥ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٧/٣/١)

والانقطاع الحاصل بسبب التنبيه ، يبدأ من وقت إعلان هذا التنبيه إلى الحائز . ولايقطعه إلا الحجز الذى يلى التنبيه ، والوقت الذى يمضى بين التنبيه والحجز يصبح عديم الفائدة من حيث التقادم[1].

أما الانقطاع بسبب الحجز فيمتد حتى تصل إجراءات التنفيذ إلى المرحلة النهائية إما بالبيع أو التقسيم أو التوزيع ، فإذا قفل التقسيم أو التوزيع بدأ التقادم الجديد في السريان من هذا الوقت .

أما إذا قضى بإلغاء الحجز أو ببطلانه أو باعتباره كأن لم يكن فإنه يترتب على ذلك زوال كافة الآثار التى ترتبت عليه ومنها قطع التقادم ، فيعتبر التقادم لايزال ساريا منذ البداية [2].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" تقدم الدائن في التوزيع مطالبا باختصاصه بجزء من أموال المدين وإن كان يعتبر في حكم المطالبة القضائية في النظام القضائى المختلط – لإعلان المدين به – ومن ثم يكون قاطعا للتقادم إلا أنه يجب القول بانتهاء هذا الانقطاع كما هو الحال في

---

(١) رمضان أبو السعود ص ٤٤٩ – المستشار على أحمد حسن ص ٨٦ .

(٢) المستشار على أحمد حسن ص ٨٦ .

الدعـــاوى- بانـــتهاء الفصل في طلب الدائن واستبعاده نهائيا . فإذا كانـــت القائمـــة المؤقتة التى استبعدت دين الدائن قد أعلنت له ولم يـــناقض فيها فإن الانقطاع ينتهى بفوات ميعاد المناقضة وصيرورة هـــذا الاســـتبعاد نهائـــيا وتـــبدأ مدة تقادم أخرى من هذا التاريخ . ولامحـــل للقـــول بأن الانقطاع يستمر بالنسبة لمثل هذا الدائن بعد اســـتبعاد ديـــنه حتى صدور القائمة النهائية أو صدور أمر القاضى بتسليم قوائم الصرف للدائنين الآخرين " .

(طعن رقم ١٦٤ لسنة ٢٣ ق جلسة ١٩٥٧/١/١٧)

وإذا كـــان قطع التقادم بسبب الإقرار ، الذى يصدر من الحائز فإن هذا الإقرار لايمنع من ابتداء تقادم جديد ، ولكنه يتعين التفرقة بين فرضين :

الفـــرض الأول : إذا كـــان الإقـــرار قاصرا على الإقرار بحق المالك فحسب فإن مؤدى ذلك اعتراف الحائز بأنه مغتصب للعين ، وواقعـــة الغصـــب لاتحـــول بذاتها دون بدء حيازة جديدة نافعة في كسب الملكية بالتقادم .

الفـــرض الثانى : أن يكون الحائز قد زاد على الإقرار السابق أنـــه اتفق مع المالك على الاستمرار في حيازة العين بسبب معلوم، كالإيجـــار ، فـــإن ذلـــك هو ما يحول بينه وبين الحيازة النافعة في التقادم ما لم يغير سند وضع يده [1].

---

(١) محمد على عرفه ص ٢٩٤ وما بعدها – المستشار على أحمد حسن ص ٨٦- رمضان أبو السعود ص ٤٤٩ .

وقـد طبقـت محكمة النقض هذا التفرقة في مجال التقادم المسقط ، فقضت بأن :

" الأصـــل في انقطاع التقادم أنه لايغير مقدار المدة التى حددها القـــانون لـــزوال الالتزام ما لم يرد نص على غير ذلك أو بصدور حكـــم بالديـــن أو يحصـــل تجديده [١]. وعلى ذلك فإنه ، فيما عدا الأحـــوال الـــتى يقضـــى فيها القانون بتبديل مدة التقادم، إذا انقطع الـــتقادم بإقـــرار المدين يكون الحكم في تبديل المدة بسبب الإقرار مـــنوطا بمـــا يستخلصـــه قاضى الموضوع من واقع الدعوى عن المقصـــود بإثـــبات الالتزام في سند جديد – هل هو من قبيل تجديد الديـــن أم لا ، فـــإذ تبين له ما ينفى نية التجديد وأقام قضاءه على أســـباب مستساغة فلا معقب عليه فيه . وكذلك إذا ما ادعى الدائن تجديد الدين بدخوله في حساب جار بينه وبين مدينه فإن المعول في هذا يكون على ما يحصله قاضى الموضوع من الوقائع المطروحة عليه من وجود الحساب الجارى أو عدمه ".

(طعن رقم ٩١ لسنة ١٧ ق جلسة ١٩٤٨/١٢/٢٣)

٢- إنـــه وإن كـــان تقدم الدائن في التوزيع مطالبا باختصاصه بجزء من أموال مدينه هو مما ينقطع به التقادم في النظام القضائى المخـــتلط على أساس أن المدين يعلن به إلا أن الأثر المترتب على

---

١) استحدث التقنين المدنى الجديد أحكام المادة ٣٨٥ ، وقد ذكرناها ...

هــذا الانقطــاع ينــتهى بفعل التوزيع ولا اعتداد بتاريخ صرف ما اخــتص به الدائن في التوزيع ذلك أن إجراءات الصرف ليس من شأنها امتداد أثر انقطاع التقادم المترتب على الدخول في التوزيع ، إذ هى لاتعدو أن تكون إجراءات إدارية بحتة تجرى بين قلم الكتاب وبين الدائن وليس المدين طرفا فيها " .

(طعن رقم ٢٠٢ لسنة ٢٨ ق جلسة ١٩٦٣/٥/٣٠)

٢٦٤ـ اقتصار أثـر الانقطـاع عـلى الشـخص والحق الذى يقوم بهما سبب الانقطاع :

الأصــل أن انقطــاع التقادم لايسرى إلا على الحق الذى تناوله الســبب القاطع للتقادم ، فلا يمتد أثر الانقطاع إلى غير هذا الحق. فلو أن حائز العقار قد فقد حيازته لجزء من هذا العقار ، فإن التقادم ينقطع بالنسبة إلى هذا الجزء فحسب دون الجزء الآخر من العقار. وكذلــك يكون الحل أيضا إذا انصبت المطالبة القضائية من مالك هــذا العقــار علـــى جزء منه فحسب ، أو كان الحائز قد أقر بحق المالك بالنسبة إلى هذا الجزء دون الجزء الآخر من العقار .

وتســتثنى مـــن هذه القاعدة حالة ما إذا كان الحق الذى تناوله الســبب القاطع للتقادم يتضمن حقا آخر أو يتضمنه هو حق آخر ، فــإذا قطع المالك التقادم بالنسبة إلى حقه انقطع التقادم أيضا بالنسبة إلـــى حق الانتفاع أو الاستعمال أو السكنى الذى رتبه الحائز . وإذا

قطـــع صاحب حق الانتفاع أو الاستعمال أو السكنى التقادم بالنسبة إلـــى حقه انقطع التقادم أيضا بالنسبة إلى حق الملكية الواردة عليه الحيازة (١).

كذلك لايتعدى أثر انقطاع التقادم المالك الذى قطع التقادم ، فإذا كانـــت أرض شـــائعة بيـــن عدة ملاك ، وقطع أحدهم التقادم برفع الدعـــوى علـــى الحائـــز ، لم ينقطع التقادم بالنسبة إلى الملاك في الشـــيوع الآخريـــن ، بـــل يقتصر أثر قطع التقادم على المالك في الشـــيوع الـــذى قطـــع التقادم . وإذا حاز أرضا عدة حائزين على الشـــيوع ، فقطـــع المـــالك التقادم بالنسبة إلى أحدهم برفع الدعوى عليه، فإن التقادم لاينقطع بالنسبة إلى الحائزين الآخرين (٢).

ولكـــن رفـــع الدعوى على الوقف يقطع التقادم ولو تغير ناظر الوقف الذى رفعت في مواجهته الدعوى فيسرى انقطاع التقادم على النظار المتعاقبين لأن كل منهم إنما يمثل الوقف نفسه .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" إعلان أحد نظار الوقف بصحيفة الدعوى المرفوعة من دائن الوقـــف بالمطالبة بدينه يقطع تقادم الدين ، لتوجيهها إلى من يملك بالانفراد وفاء الدين عن الوقف ".

---

(١) عبد المنعم الصدة ص ٦٢٦ .

(٢) السنهورى ص ١٤٣٥ هامش (١)..

(طعن رقم ١٩٢ لسنة ١٧ ق جلسة ١٩٤٩/٣/١٧)

٢٦٥ـ حالة الدائنين المتضامنين :

إذا رفع أحد الدائنين المتضامنين الدعوى على المدين فإنه يقطع التقادم ويفيد من ذلك سائر الدائنين المتضامنين لأن الدائن المتضامن الذى قطع التقادم يعتبر نائبا عنهم فيما يفيدهم فيعتبر التقادم قد انقطع لمصلحتهم هم أيضا ، أما إذا قضى ضده برفض الدعوى فلا يضار برفضها سائر الدائنين المتضامنين ، لأن الدائن المتضامن لايعتبر نائبا عنهم فيما يضرهم (م٢/٢٨٢ مدنى) فلا يتعدى إليهم أثر الحكم برفض الدعوى ، وعلى ذلك إذا رفع أحد هؤلاء الدعوى على المدين ، فلا يجوز للمدين أن يدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها وإنما يستطيع أن يدفعها بتقادم الحق ، إذا كانت مدة التقادم قد اكتملت ، ولايجوز للدائن في هذه الحالة أن يعترض بأن التقادم قد انقطع برفع الدعوى الأولى ، لأن هذا الانقطاع قد زال أثره برفض هذه الدعوى [١].

---

(١) المستشار محمد عبد اللطيف ص ١٦٣ ومابعدها .

الانقطاع الطبيعى للتقادم بزوال الحيازة

٢٦٦ـ مضمون هذا السبب :

رأينا أن المادة ٩٧٩ مدنى تنص على أن ينقطع التقادم المكسب إذا تخلى الحائز عن الحيازة أو فقدها ولو بفعل الغير.

غير أن التقادم لاينقطع بفقد الحيازة إذا استردها الحائز خلال سنة أو رفع دعوى باستردادها في هذا الميعاد .

والانقطاع الطبيعى للتقادم بزوال الحيازة ، يتفرد به التقادم المكسب دون التقادم المسقط ، لأن المفروض فيه أن تزول الحيازة، والحيازة لا تكون إلا في التقادم المكسب . والتقادم طبقا لهذا النص ينقطع انقطاعا طبيعياً في حالتين نعرض لهما فيما يلى:

الحالة الأولى :

تخلى الحائز عن الحيازة اختيارا :

في هذه الحالة يتخلى الحائز عن حيازة المال باختياره .

ويتحقق ذلك حين يتصرف الحائز في المال ويسلمه إلى المتصرف إليه ، أو حين يتخلى الحائز عن المال بنية تركه .

أى أن الحائز هنا يفقد ركنى الحيازة المادى والمعنوى .

أما لو اقتصر الحائز على التخلى عن الركن المادى في الحيازة بأن نقل مجرد وضع اليد إلى الغير على سبيل الإيجار أو ما شابهه

من السندات الناقلة للحيازة المادية ، فلا يعتبر هذا بالطبع تخليا عن الحـــيازة مؤديـــا إلى فقدها وقاطعا التقادم بالتالى . فالمستأجر ومن ماثله ينوبون عن الحائز القانونى في الحيازة المادية[1].

والـــتخلى عـــن الحيازة على هذا النحو يسقط مدة حيازة الحائز نهائيا ، لأن حيازته تكون قد انقضت نهائيا . والتقادم في هذه الحالة يـــنقطع فور وقوع التخلى ، ولو دام التخلى يوما واحدا ، بحيث إذا استرد الحيازة بعد ذلك فإنه يصبح بصدد حيازة جديدة ، لاصلة لها بالحيازة السابقة [2].

ولكـــن يـــراعى أن مجرد امتناع الحائز عن الانتفاع بالشيء ، لايترتب عليه قطع التقادم ، إذا لم يقصد التخلى عن الحيازة .

الحالة الثانية :

فقد الحائز الحيازة بدون إرادته :

فـــي هذه الحالة لايفقد الحائز الحيازة باختياره ، بل يفقدها بغير إرادتـــه . ويســـتوى أن يكون فقد الحيازة من طريق صاحب الحق بالذات ، أم أجنبيا غصب العين موضوع الحيازة.

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ٥٠٤ .

(٢) محمد كامل مرسى ص ٢٤١ وما بعدها – عبد المنعم الصده ص ٦٠٩ ومـــا بعدهـــا – تصـــريح الدكتور السنهورى في مناقشات لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٦ ص ٥٠٩.

ولايهـم أن يكـون فقـد الحـيازة حصل بدون علم الحائز أو بحضوره [١].

ولكن يجب لقطع التقادم أن تزال الحيازة فعلا ، فمجرد الاعتداء البسيط على الشيء لايكفى [٢].

ففقد الحيازة هنا إنما ينصب على الركن المادى فقط .

وفـى بـيان حكـم فقد الحيازة هذه الحالة يتعين التفرقة بين المنقول والعقار :

(أ) فـإذا وردت الحـيازة على منقول ، فإن الحائز يفقدها حين يسـتحوذ الغـير فعلا على الشيء ، وحين يخرج الشيء فعلا من حـوزة حائزه دون تدخل من جانب أحد . وفى هذه الصورة أيضا تنقضـى الحـيازة نهائيا بمجرد الفقد ، فتسقط مدتها وينقطع التقادم بصفة نهائية [٣].

(ب) وإذا وردت الحـيازة علـى عقـار فإن الحائز يفقدها إذا اسـتحوذ الغـير على العقار بحيث تقوم من جانبه حيازة معارضة للحيازة الأولى . إنما يكون للحائز أن يطلب استرداد حيازته للعقار خلال السنة التالية لهذا الفقد طبقا للمادة ٩٥٨ مدنى وقد عرضنا لها تفصـيلا في موضعها من الكتاب ، ومن ثم فإنه لايترتب على فقد

---

(١) محمد على عرفه ص ٢٨٥ – محمد كامل مرسى ص ٢٤٧.

(٢) محمد كامل مرسى ص ٢٤٣ .

(٣) عبد المنعم البدراوى ص ٦٠٩ .

الحـــيازة قطع التقادم إذا استردها الحائز خلال سنة أو رفع الدعوى باستردادها في هذا الميعاد، ولو حكم برد الحيازة بعد انقضاء السنة أمـــا إذا رفعـــت الدعوى ورفضت بحكم نهائى ولو قبل انتهاء مدة السنة فإن المدة تقطع .

وعلـــى ذلك إذا وضع (أ) يده على عقار وكان في طريق كسبه بالتقادم ، ثم وضع (ب) يده على العقار ، أو حرم (أ) من وضع يده بفعل المالك ، وجب إجراء التفرقة الآتية :

إذا استرد (أ) الحيازة بواسطة دعوى الحيازة التى رفعها خلال ســـنة مـــن الـــتعرض فلا ينقطع التقادم ، ويعتبر أنه لم يتخل عن الحـــيازة أية لحظة ، ويستمر التقادم في سريانه . ولكن إذا لم يرفع (أ) دعـــوى الحيازة خلال السنة من وقت التعرض انقطع التقادم ، لأنـــه يكون قد أضاع الحيازة . ومن ذلك يرى أن حيازة المالك أو شـــخص أجنـــبى العقار الذى وضع (أ) يده عليه وسار في طريق كسبه بالتقادم لا تكفى لقطع المدة ، بل تجب الحيازة مدة سنة لقطع التقادم .

والعلـــة في اشتراط مدة السنة هو أنه إن لم يمتد الانقطاع وقتا معيـــنا فقد يفترض أن هذا مجرد خطأ من جانب من استولى على العيـــن ، وأن من كان واضعا يده عليها قد سارع إلى استردادها أو طالب بذلك بمجرد علمه بحيازة غيره ، وأنه لم يقصد بحال أن يقر

هذه الحيازة . وقد رؤى أن الحيازة المؤقتة للعين لو اعتبرت كافية للحــرمان من آثار وضع اليد لأدى ذلك إلى الفوضى ، فيصبح كل حائز مضطرا لرفع دعوى لتأييد حق ملكيته ، فاشتراط الحيازة مدة سنة يؤدى إلى حفظ النظام العام .

يضـــاف إلى ذلك أنه في دورة سنة تجمع ثمرات العين ، ففى خـــلال مـــثل هذه المدة تكون الحيازة الظاهرة المستمرة قد اتخذت صفة تمنع من خلطها بمجرد الاستيلاء [1].

وإزالـــة الحيازة بقوة قاهرة ، كالفيضان ولو لمدة أكثر من سنة لايقطع التقادم .

والذى يحفظ وضع اليد في هذه الحالة هو نية الحيازة .

والحـــيازة لاتفقـــد إذا امتنع المالك عن القيام بالأعمال المادية للحـــيازة مـــتى كان امتناعه هذا لايرجع إلى حيازة للعقار حيازة مناهضـــة ، ومادام أن الشيء تحت تصرفه بحيث يستطيع دائما أن يباشـــر عليه أعمال الحيازة المادية ، وهو هنا يحتفظ بالحيازة عن طريق القصد وحده . وبتعبير آخر يجب أن يكون من شأن رفع يد الحائز حرمانه من ثمرات العين التى كان يحوزها ومن منافعها [2].

---

(١) محمد كامل مرسى ص ٢٤٥ ومابعدها .

(٢) محمد على عرفه ص ٢٨٦- عبد المنعم البدراوى ص ٥٠٤.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " وضع يد الأجنبى على العين لا يكون قاطعا للتقادم إلا إذا كانت حيازته لحساب نفسه . فإذا كان هذا الأجنبى قد عرض على ذى الشـأن في وضع اليد تعويضا عن مدة حيازته ، فإن وضع يده علـى العين يكون أشبه ما يكون بالاستمرار في وضع اليد السابق وإذن فـالحكم إذا أسـقط مـن مدة التقادم المدة التى استولت فيها السـلطة العسـكرية البريطانية على الأرض المتنازع عليها مقابل تعويـض دفعـته لذى اليد ، بانيا ذلك على أن هذا الاستيلاء يقطع التقادم لأنه كان بفعل من أجنبى ليس بينه وبين ذى اليد اتفاق يجعله نائبا عنه في وضع اليد – هذا الحكم يكون مخطئا متعينا نقضه".

(طعن رقم ٥٥ لسنة ٦ ق جلسة ١٩٣٦/١٢/٣)

٢- " إن القانون المدنى الأهلى قد نص في المادة ٨١ منه عن التملك بمضى المدة على أنه " إذا انقطع التوالى في وضع اليد فلا تحسب المدة السابقة على انقطاعه " ، كما نص في المادة ٨٢ على أنـه " تنقطع المدة المقررة للتملك بوضع اليد إذا ارتفعت اليد ولو بفعل شخص أجنبى . وتنقطع المدة المذكورة أيضا إذا طلب المالك استرداد حقه بأن كلف واضع اليد بالحضور للمرافعة أمام المحكمة أو نـبه علـيه بالرد تنبيها رسميا إلخ " . وانقطاع المدة في الحالة الأولـى يعـرف بالانقطاع الطبيعى ، وفى الحالة الثانية بالانقطاع

المدنـــى . والقــانون المصـــرى لم ينص على تحديد مدة للانقطاع الطبيعى كما فعل القانون الفرنسى الذى نص في المادة ٢٢٤٣ على أنه يجب أن تكون مدة الانقطاع زائدة على سنة ، وما ذلك منه إلا بالقــياس علـــى دعوى وضع اليد التى يشترط لرفعها ألا يكون قد مضـــى أكــثر من سنة على غصب العين المطلوب استردادها مما يفــيد أن الانقطـــاع الــذى يســتمر طــوال هذه المدة يكون واجبا الاعتداد به .

علـــى أن القـــانون المصرى مادام قد حدد في الفقرة الثالثة من المادة ٢٦ مرافعات أهلى لقبول دعوى إعادة وضع اليد نفس المدة الــتى حددهـــا القانون الفرنسى فقد دل بذلك على أنه قد قصد هو الآخــر إلـــى أن الحكــم بإعادة وضع يد الحائز يزيل عنها شائبة الانقطاع فتكون الحيازة رغم ما كان قد طرأ عليها مستمرة لها كل نتائجها. هذا ويجب في الانقطاع الطبيعى ، فضلا عن شرط المدة ، أن يكون زوال الحيازة بفعل شخص أجنبى . ولا يكفى لذلك مجرد منع الحائز من الانتفاع بشخصه بالعين ، بل يجب أن يكون واضع اليد الجديد منتفعا بالعين لغير حساب الحائز . وبعبارة أخرى يجب أن يكــون مـــن شأنه رفع يد الحائز حرمانه من ثمرات العين التى كـــان يحوزها ومن منافعها . فإذا عين البنك العقارى حارسا على أرض للمحافظـــة علـــى حقـــوق الدائنيـــن ، وتسلم هذه الأرض ،

وارتفعت يد مالكها عنها فإن ذلك لايصح اعتباره قطعا للتقادم ، لأن وضع يد البنك على الأرض بهذه الصفة لم يكن ملحوظا فيه أن ينتفع بها البنك لنفسه بل ليحصل غلتها ويستوفى منها دينه ثم يرد ما بقى منها للمالك " .

(طعن رقم ٧١ لسنة ٩ ق جلسة ١٩٤٠/٢/٢٩)

٢٦٧ـ إثبات انقطاع الحيازة :

نظرا لأن الحيازة لا تؤدى دورها في كسب الحق بالتقادم إلا إذا استمرت طوال المدة المطلوبة دون انقطاع ، فقد كان مقتضى هذا أن يكون على الحائز الذى يتمسك بالتقادم المكسب الحق أن يثبت هذا الاستمرار أى يثبت أن الحيازة لم تزل طوال المدة . ولكن المشرع وضع قرينة على استمرار الحيازة فنص في المادة ٩٧١ على أنه : " إذا ثبت قيام الحيازة في وقت سابق معين وكانت قائمة حالا ، فإن ذلك يكون قرينة على قيامها في المدة ما بين الزمنين ، ما لم يقم الدليل على العكس " ، وعلى ذلك لايكلف الحائز بإثبات عدم زوال الحيازة طوال المدة إنما على من يدعى انقطاع التقادم بزوال الحيازة أن يثبت هو ذلك [1].

---

(١) محمد كامل مرسى ص٢٤٨- رمضان أبو السعود ص ٤٢٢ ومابعدها- منصور مصطفى منصور ص٤١٢ .

وفى هذا جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ويكفى أن يثبت الحائز التاريخ الذى بدأت فيه حيازته ثم يثبت أنـــه حائز في الحال فلا يحتاج بعد ذلك لإثبات أنه استمر حائزا في المدة ما بين الزمنين ، فإن هذا الاستمرار يكون مفروضا حتى يقوم الدلـــيل على العكس . بل إن قيام الحيازة حالا، إذا كان لدى الحائز سند يعطى الحق في الحيازة ، قرينة على قيامها في وقت سابق هو بـــدء الـــتاريخ الثابت لهذا السند ما لم يقم الدليل على عكس ذلك. ويتبين من هذا أن الحائز إذا قدم لإثبات حيازته عقد بيع مثلا ثابت التاريخ منذ خمس عشرة سنة ، فيكفى هذا العقد قرينة على أنه حاز مـــنذ خمس عشرة سنة ، وأنه مستمر في حيازته إلى اليوم. وعلى خصـــمه أن يثبت العكس إذا ادعاه . وفى هذه القرائن تيسير عظيم لإثبات الحيازة بدءا واستمرارا .

وإذا كان الحائز بيده سند إيجار مثلا فهو حائز لحق المستأجر ، ولـــيس له بمجرد تغيير نيته أن يحوز حق الملكية إذا لم يقترن ذلك بفعـــل ظاهـــر يصدر من الغير أو من الحائز نفسه ، كأن يتعرض الغير للحائز فيدعى هذا الملكية أو يعارض الحائز حق المالك بعمل ظاهـــر ، ولا يبدأ سريان التقادم بالنية الجديدة إلا من وقت صدور هذا العمل الظاهر"(١) .

(راجع أيضا شرح المادة ٩٧١) .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٦ ص ٥٠٨ .

٢٦٨- أثر الانقطاع الطبيعي للحيازة :

يترتب على الانقطاع الطبيعى للحيازة زوال المدة التى استمرت خلالها الحيازة مفقودة .

ولكـــن ليس هناك ما يمنع من عودة الحائز إلى حيازة المال ، وعـــندئذ يبدأ تقادم جديد من يوم عودة الحائز إلى المال الذى تخلى عن حيازته ، أو الذى اغتصب منه منذ أكثر من سنة .

ويـــتوقف نـــوع التقادم الجديد على الشروط التى تتوفر للحائز. فـــإذا اســـترد العقار بناء على سبب صحيح وكان حسن النية كان الـــتقادم قصـــيرا مدته خمس سنوات ، وإلا كان التقادم طويلا مدته خمس عشرة سنة .

وعلـــى ذلـــك فلا محل هنا لتطبيق ما نصت عليه المادة ٣٨٥ مدنـــى بخصوص التقادم المسقط من أنه إذا انقطع التقادم بدأ تقادم جديـــد يســـرى من وقت انتهاء الأثر المترتب على سبب الانقطاع ويكون مدته هى مدة التقادم الأولى [١].

والانقطاع الطبيعى مطلق الأثر ، أى أنه ينتج أثره في مواجهة الكافة ، لأنه يقوم على واقعة مادية هى زوال الحيازة .

---

(١) منصور مصطفى منصور ص ٤١٢.

فــلا يقتصر الاحتجاج بانقطاع التقادم على من انتزع الحيازة ، بــل يجوز لكل ذى مصلحة أن يتمسك به ، كشريك في الشيوع أو أى شخص آخر كانت حقوقه معرضة لضياعها بالتقادم [١].

ولكن من البديهى أن الانقطاع لايتحقق إلا بالنسبة للشىء الذى زالــت حيازته فإذا زالت عن حائز العقار حيازة جزء منه فقط فلا ينقطع التقادم إلا بالنسبة لهذا الجزء .

---

(١) محمد على عرفه ص ٢٨٧ – منصور مصطفى منصور ص ٤١٢.

تملك المنقول بالحيازة :

مــادة (٩٧٦)

١- من حاز بسبب صحيح منقولا أو حقا عينيا على منقول أو سندا لحامله فإنه يصبح مالكا له إذا كان حسن النية وقت حيازته.

٢- فــإذا كــان حســن النية والسبب الصحيح قد توافرا لدى الحائــز فــي اعتباره الشيء خاليا من التكاليف والقيود العينية ، فإنه يكسب الملكية خالصة منها .

٣- والحــيازة فــي ذاتهــا قرينة على وجود السبب الصحيح وحسن النية ما لم يقم الدليل على عكس ذلك .

الشــــرح

٢٦٩- قاعدة " الحيازة في المنقول سند الملكية " :

رأينا أن الفقرة الأولى من المادة ٩٧٦ تنص على أن " من حاز بســبب صحيح منقولا أو حقا عينيا على منقول أو سندا لحامله فإنه يصبح مالكا له إذا كان حسن النية وقت حيازته " .

وهــذا النص يقرر القاعدة المشهورة " الحيازة في المنقول سند الملكــية " . ومــنه يتضح أن الحيازة لاتكسب الملكية وحدها ، بل كذلــك الحقــوق العينية الأخرى ، كما يتضح أن الحيازة كما تؤدى إلى كسب الحق ، تؤدى إلى إسقاط التكاليف والقيود العينية .

وتهدف القاعدة ، التى تتميز على وجه الخصوص بأن الحيازة يترتــب عليها أثرها في الحال ، إلى حماية من يتعامل في المنقول مــع غــير صاحب الحق بحسن نية أى يجهل أنه يعتدى على حق للغير ، وذلك حتى تستقر المعاملات ، فالتعامل بشأن المنقول على كــثرته ، يــتم في الحياة العملية بسرعة لايتيسر معها التحقق من ســندات الملكية ، ولو تطلبنا من كل من يتعامل بشأن المنقول كمن يشــتريه أو يرتهــنه أن يــتحقق أولا من أن المتصرف هو المالك لترتــب علــى ذلــك شــل حركة التعامل . ولهذا يكتفى المشرع لاســتقرار حــق من تلقى المنقول بحيازته له وهو حسن النية بناء على سبب صحيح (١).

شــروط تملك المنقول بالحيازة

يشــترط لتملك المنقول بالحيازة توافر عدة شروط نعرض لها فيما يلى :

---

(١) منصــور مصطفى منصور ص ٤٣٦ وما بعدها – رمضان أبو السعود ص ٤٨٠.

الشـــرط الأول
وجود منقول أو سند لحامله أو حق عينى على أيهما

٢٧٠ ـ المقصود بالمنقول :

ينطــبق حكم النص على كل منقول مادى وهو كل شيء يمكن أن يــنقل من مكان إلى آخر دون تلف ، فيدخل فى ذلك العروض والحــيوانات والمــأكولات والمشــروبات وأثاث المنزل والبضائع والكتــب والورق والأقلام والسيارات والمركبات وأكشاك الأسواق والمعارض وخيام البدو الرحل وخيام الكشافة ومواد البناء مادامت لــم تشــيد والأنقاض المتهدمة من البناء وغير ذلك من المنقولات المادية .

وتعتــبر النســخة الأصلية من المصنف (manuserit) منقولا ماديــا . ومــن ثــم إذا اشتراها شخص حسن النية من غير المالك تملكهــا بالحيازة . ولكن لايترتب على انتقال الملكية إلى الحائز أن تنتقل إليه حقوق المؤلف ، ولا يكون له الحق في نشر المصنف .

ومن جهة أخرى لايجوز للمؤلف أن يلزم الحائز بأن يمكنه من نسخ النسخة الأصلية الأصلية إلا باتفاق معه [١].

واشــتراط أن يكــون المــنقول ماديــا ينأى بهذه القاعدة عن المــنقولات المعــنوية ، كــالديون والسندات التجارية التى لاتنتقل

---

(١) السنهورى جـ ٩ ص ١٥٣٦ – رمضان أبو السعود ص ٤٨٢.

ملكيتها إلا بطريق التحويل. والملكية الأدبية والفنية والعلة في ذلك، تتمثل من ناحية في أن المنقولات المادية هى وحدها التىتقبل أن تكون موضوعا للحيازة ومن ناحية أخرى ، هى عدم توافر الحكمة التى قررت من أجلها القاعدة ، فإنه على خلاف ما يحصل بالنسبة إلى حق الملكية الذى يقع على منقولات مادية فإن الحقوق المعنوية تكون عادة ثابتة بسندات ، ومن السهل على من يحوزها أن يتحقق مما إذا كان المتصرف فيها هو صاحبها . ويكون الحائز مهملا إهمالا جسيما إذا لم يقم بهذا التحقق ، وتعامل مع شخص غير صاحب السند ، فهو لايستحق حماية خاصة [1].

غير أن هناك منقولات مادية لاتخضع لحكم القاعدة ومن ذلك :

(أ) العقارات بالتخصيص :

المنقولات التى أصبحت عقارات بالتخصيص لاتنطبق عليها القاعدة ، إلا إذا فصلت عن العقار الذى اتصلت به . فإذا باع المستأجر أو الزارع إلى مشتر حسن النية المنقولات التى جعلها مالك الأرض عقارات بالتخصيص ، أمكن المشترى التمسك بالقاعدة [2].

---

(١) محمد على عرفه ص ٢٠٧ – محمد كامل مرسى ص ٤٢١ .

(٢) محمد كامل مرسى ص ٤٢٠ – وقد قضى بأن المشترى لسقف مبنى قديم، إذا عقد شراءه في وقت لم يكن فيه السقف قد فصل عن العقار الذى هو متصل به ، ليس له أن يتمسك بقاعدة " الحيازة سند الملكية"

(ب)- المنقولات غير القابلة للتعامل :

ويدخـل فـي هـذه المنقولات تلك المعتبرة من الأموال العامة كأسـلحة الجـيش والآثار والتحف المحفوظة بالمتاحف والمؤلفات الموجـودة بالمكتـبات. وكذلـك المنقولات المملوكة للدولة ملكية خاصة[1].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إن المـادة الأولـى مـن قانون الآثار والمادة ٩ من القانون المدنـى الأهلى والمادة ٢٥ من القانون المدنى المختلط تعتبر الآثار مـن الأملاك العامة . فلا يجوز التبايع فى التمثال الأثرى ، وبيعه وشـراؤه باطلان . وللحكومة أن تقاضى كل من يوجد هذا التمثال فى حيازته ، مهما كانت جنسيته ، لتسترده منه بغير تعويض تدفعه لـه أو ثمـن تـرده إليه ، وليس له أن يحتج بنص المادة ٨٧ من القـانون المدنى لأن المقرر قانونا أن أحكام تملك المنقول بالحيازة لاترد مطلقا على الأملاك العامة " .

(طعن رقم ٤٤ لسنة ٧ ق جلسة ١٩٣٧/١٢/١٦)

ضـد المـالك الحقيقى الذى يطالب باسترداد ماله (استئناف مختلط ١٤ فبراير ١٩١٨).

(١) منصور مصطفى منصور ص ٤٣٩- محمد وحيد الدين سوار ص ٦٩١.

(ج)- المنقولات التى توجد ضمن مجموعة قانونية أو فعلية:

والمثل الظاهر لذلك التركة ، لايحتج بصددها بالقاعدة المذكورة، إذ أن هذه القاعدة لاتسرى إلا على منقول معين بذاته .

أما بالنسبة للمنقولات الموجود فى التركة ، فإن مطالبة الوارث باسـترداد هذه المنقولات من الحائز المطعون فى حيازته لايحصل بطـريق دعـوى الاستحقاق التى يثور النزاع فيها حول الملكية ، وإنمـا يكون بطريق دعوى ثبوت الوارثة التى تكون صفة الوارث هـى موضوع النزاع فيها . وقاعدة "الحيازة سند الملكية" لاتحص الحائز إلا ضد دعاوى الاستحقاق [1].

ورغـم أن الفقـه يجمع على أن المحل التجارى هو مجموعة قانونـية ، لأنـه يشـمل بجانب المنقولات المادية عناصر معنوية أخـرى ، كالسمعة التجارية والاسم التجارى والعملاء ، فلا يحتج بصـدده بالقاعدة المذكورة ، وإن احتج بها بصدد منقول معين فى المحل . وأنه يساند ذلك ما تنص عليه الفقرة الأولى من المادة ٣٧ مـن قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ من أن كل تصرف يكون موضـوعه نقـل ملكية المتجر أو إنشاء حق عينى عليه أو تأجير اسـتغلاله يجب أن يكون مكتوبا وإلا كان باطلا " ، ومن قبله نص المادة الأول من القانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠ الخاص ببيع المحال

---

(١) محمد على عرفه ص ٢٠٩ .

التجارية ورهنها التى جرت على أن " يثبت عقد بيع المحل التجارى بعقد رسمى أو بعقد عرفى مقرون بالتصديق على التوقيعات أو أختام المتعاقدين ... إلخ " ، ذلك أن مجرد اشتراط نقل ملكية المحل التجارى بعقد يقطع باستثنائه من حكم القاعدة (١).

إلا أن محكمة النقض ذهبت فى قضائها إلى أن بيع المحل التجارى بمحتوياته ومقوماته بما فى ذلك حق الإيجار يعتبر بيع منقول وتسرى فى شأنه المادة ١/٩٧٦ من التقنين المدنى التى تنص على أن من حاز منقولا بسبب صحيح وتوافرت لديه حسن النية وقت حيازته يصبح مالكا له

إذ قضت بأن :

١- " بيع المحل التجارى بمحتويات ومقوماته بما فى ذلك حق الإيجار يعتبر بيع منقول وتسرى فى شأنه المادة ١/٩٧٦ من التقنين المدنى التى تنص على أن من حاز منقولا بسبب صحيح وتوافرت لديه حسن النية وقت حيازته يصبح مالكا له وكان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أن الطاعن تمسك أمام محكمة الموضوع بتملكه المحل التجارى موضوع التداعى بشرائه بتاريخ ١٩٧٤/١١/٣ من المالك الظاهر (المطعون ضده الثالث) الذى كان حائزا له ومحررا

---

(١) محمد على عرفه ص ٢٠٨ - السنهورى ص ١٥٤٠- عبد المنعم الصده ص ٦٧٩ - محمد كامل مرسى ص ٤٢١ - منصور مصطفى منصور ص ٤٣٨ .

عقـــد إيجاره باسمه وتوافرت لديه حسن النية وقت شرائه وحيازته للمحـــل وكان الحكم المطعون فيه قد اطرح هذا الدفاع تأسيسا على قوله إن مؤدى الحكم الصادر فى الدعوى ١٩٧٣/٦٥ إفـــلاس كلى القاهـــرة بـــتاريخ ١٩٧٤/١١/٩ أن المحـــل موضوع النزاع يدخل ضـــمن أمـــوال التفليسة التى يمثلها المطعون ضده الأول ، ومن ثم لايســـرى فى حق جماعة الدائنين التصرف فى المحل الصادر من المطعـــون ضده الثالث ، ولما كان هذا الذى أورده الحكم المطعون فيه قاصر عن مواجهة دفاع الطاعن سالف الذكر فلم معين بتحقيق حســـن نـــية الطاعن أو سوئها رغم مالها من الأهمية القانونية فى تحديد حقوق المشترى فإن الحكم يكون مشوبا بالقصور " .

(طعن رقم ١٤٢٤ لسنة ٤٧ ق جلسة ١٩٧٩/٢/٥)

٢- " لئـــن كان بيع المحل التجارى بمحتوياته ومقوماته بما في ذلـــك حق الإيجار يعتبر بيع منقول وتسرى في شأنه المادة ١/٩٧٦ مـــن القانون المدنى إلا أن النص في هذه المادة على أن " من حاز منقولا أو حقا عينيا على منقول أو سندا لحامله فإنه يصبح مالكا له إذا كان حسن النية وقت حيازته " يدل على أنه لتطبيق هذه القاعدة في المنقول يتعين أن تنتقل حيازة المنقول بسبب صحيح وأن يكون الحائـــز قد تلقى الحيازة وهو حسن النية من غير مالك إذ التصرف لاينقل الملكية مادام قد صدر من غير مالك ولكن تنقلها الحيازة في

هــذه الحالة وتعتبر سببا لكسب ملكية المنقول أما إذا كان التصرف صــادرا مــن مالك المنقول امتنع تطبيق القاعدة لأن التصرف هو الذى يحكم العلاقة بين المالك والمتصرف إليه ، ولما كان في البيع بالمــزاد يعتبر المدين في حكم البائع والراسى عليه المزاد في حكم المشــترى ، لمــا كــان ذلك ، وكان البين من أوراق الدعوى أن الراســى عليه المزاد قد تلقى حيازة المنقولات الراسى مزادها عليه مــن مالك – هو المدين مورث الطاعنين – فإنه لايجوز له التمسك بقــاعدة الحــيازة سند الملكية في هذا المقام ولاتصلح سندا لكسب ملكــية المــنقولات المتــنازع عليها ويبقى بعد ذلك البيع كتصرف جــبرى هو الذى يحكم علاقة طرفيه ، لما كان ما تقدم وكان الحكم المطعــون فيه – قد انتهى صحيحا إلى بطلان إجراءات البيع ومن مقتضــى ذلــك عودة الطرفين (المدين والراسى عليه المزاد) إلى الحالــة الــتى كانا عليها قبل رسو المزاد أى بقاء ملكية المنقولات للمديــن وورثته من بعده (الطاعنين) فإن قضاءه برفض طلب رد المــنقولات بالحيازة القائمة على السبب الصحيح وحسن النية يكون قد خالف القانون" .

(طعــون رقما ١٧٤٧و١٧٤٨و١٧٥٨ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٣/١١/٢٠)

(د)- المنقولات واجبة الشهر :

يقصـــد بهـــذه المنقولات ، المنقولات التى يتطلب القانون شهر التصـــرفات التى ترد عليها . كالسفن والطائرات ، فمن شأن نظام الشـــهر أن يتمكن من يريد التعامل بشأن هذه المنقولات أن يعرف المالك الحقيقى ، فتنتفى الحكمة من إعمال قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية . خصوصا أن التعامل بشأن هذه المنقولات لايتم عادة بالسرعة التى يتم التعامل بها في المنقولات المادية [١].

٢٧١ـ الحق العينى على المنقول :

تســـرى قـــاعدة الحـــيازة في المنقول سند الملكية على الحقوق العينية التى ترد على المنقول .

ويشترط لذلك أن يكون الحق العينى على المنقول قابلا للحيازة، ومـــثل ذلـــك حـــق الانتفاع بالمنقول وحق استعماله ، وحق رهن المـــنقول حيازيا ، وحق الامتياز على المنقول ويكسب حقا الانتفاع والاســـتعمال بالمنقول ، كما تكسب ملكية المنقول نفسه بالحيازة إذا اقترنت بسبب صحيح وتوافر حسن النية عند الحائز .

والاعتـــبارات الـــتى بـــنى علـــيها تملـــك حق الانتفاع أو حق الاستعمال في المنقول بالحيازة هى نفس الاعتبارات التى بنى عليها

---

(١) محمـــد كـــامل مرسى ص ٢١٠- محمد وحيد الدين سوار ص ٦٩٠- رمضان أبو السعود ص ٤٨٣.

كسب ملكية المنقول نفسه ، وهى استقرار التعامل في المنقول ومقتضيات سرعة التداول .

وقد نصت المادة ١/٩٨٥ مدنى على أن : " حق الانتفاع يكسب بعمل قانونى أو بالشفعة أو بالتقادم " وأغفل النص الحيازة في المنقول سهوا ، ولايشملها التقادم لأن التملك بالحيازة غير التملك بالتقادم كما سنرى (١).

أما حق رهن الحيازة في المنقول، فقد ورد بشأنه نص صريح ، إذ نصت المادة (١١١٨) مدنى على أن :

" ١- الأحكام المتعلقة بالآثار التى تترتب على حيازة المنقولات المادية والسندات التى لحاملها تسرى على رهن المنقول .

٢- وبوجه خاص يكون للمرتهن إذا كان حسن النية أن يتمسك بحقه في الرهن ولو كان الراهن لايملك التصرف في الشيء المرهون ، كما يجوز من جهة أخرى لكل حائز حسن النية أن يتمسك بالحق الذى كسبه على الشيء المرهون ولو كان ذلك لاحقا لتاريخ الرهن ".

فالدائن الذى تسلم بحسن نية بصفة رهن حيازة من مدينه منقولا مملوكا لغير المدين ، له أن يتمسك بقاعدة " الحيازة في المنقول سند الملكية " ضد المالك الحقيقى الذى يقيم عليه دعوى الاسترداد .

---

(١) عبد المنعم الصده ص ٦٢٠ – المستشار على أحمد حسن ص ٨٢ .

فالدائن المرتهن لايحوز حيازة عرضية إلا في علاقته مع الدين، لا بالنسبة إلى مالك الشيء المرهون [١].

غـير أنـه يشترط للاحتجاج قبل المالك بالقاعدة المذكورة أن يكون عقد الرهن مستوفيا الشرائط القانونية فقد نصت المادة ١١١٧ مدنـى على أنه يشترط لنفاذ رهن المنقول في حق الغير إلى جانب انتقال الحيازة أن يدون العقد في ورقة ثابتة التاريخ يبين فيها المبلغ المضمون بالرهن والعين المرهونة بيانا كافيا ، وهذا التاريخ الثابت يحدد مرتبة الدائن المرتهن [٢].

أما إذا كان الشيء المرهون مسروقا أو ضائعا فلا يجوز للدائن المرتهن الاحتجاج بهذه القاعدة ضد المالك الحقيقى كما سنرى .

أمـا حـق الامتياز على المنقول ، فإنه يثبت بالحيازة مع حسن النـية حيث يكون الرهن مبنيا على فكرة الرهن الضمنى فيأخذ حكم رهـن الحيازة . ومن ذلك امتياز المؤجر على المنقولات الموجودة بالعيـن المؤجرة ، فإنه يثبت " ولو كانت المنقولات مملوكة لزوجة المسـتأجر أو كانت مملوكة للغير ، ولم يثبت أن المؤجر كان يعلم وقـت وضـعها في العين المؤجرة بوجود حق للغير عليها ، وذلك دون إخـلال بالأحكام المتعلقة بالمنقولات المسروقـة أو الضائعة (م١١٤٣/٢) مدنى .

---

(١) محمد كامل مرسى ص ٤٢٦ .

(٢) المستشار محمد عبد اللطيف ص ٤٥٩ .

ومن ذلك أيضا امتياز صاحب الفندق على أمتعة النزيل ، فيقع الامتياز على الأمتعة " ولو كانت غير مملوكة للنزيل إذا لم يثبت أن صاحب الفندق كان يعلم وقت أدخالها عنده بحق الغير عليها ، بشرط ألا تكون تلك الأمتعة مسروقة أو ضائعة (م١١٤٤/٢) مدنى [١].

---

(١) السنهورى ص ١٥٤٣ – محمد كامل مرسى ص ٤٢٨ – عبد المنعم الصده ص ٦٨٢ وإن كان ينتقد هذا الحكم بقوله : إن تخويل مؤجر العقار وصاحب الفندق حق التمسك بقاعدة الحيازة في المنقول على هذا النحو يتضمن خروجا على شروط هذه القاعدة من ناحيتين: الأولى، أنهما لايعتبران حائزين بالمعنى الحقيقى ، إذ أن المستأجر والنزيل هما اللذان تكون لهما السيطرة الفعلية على المنقولات الموجودة في العين المؤجرة والأمتعة المودعة في الفندق ، والثانية، أن ليس هناك سبب صحيح بمعنى التصرف الصادر من غير مالك ، إذ أن الامتياز يثبت بمقتضى نص القانون .

وعكس ذلك أيضا منصور مصطفى منصور ص ٤٤٢ وما بعدها – فيذهب إلى أن حقوق الامتياز لاتنشأ إلا بنص القانون (م١١٣٠ مدنى) والقانون هو الذى يحدد الحق الممتاز ومحل الامتياز ، وبالتالى لا محل للقول بكسب الامتياز بمقتضى الحيازة . لأن المصدر المباشر لحق الاميتاز هو النص ولئن كان المشرع بالنسبة لامتياز مؤجر العقار وامتياز صاحب الفندق ، قرر الامتياز على ما يوجد بالعين المؤجرة من منقولات ، وعلى الأمتعة التى يحضرها النزيل في الفندق أو ملحقاته ، ولو كانت هذه المنقولات غير مملوكة للمستأجر (ولا لزوجته) أو للنزيل بشرط أن يكون المؤجر أو صاحب الفندق حسن النية أى لا يعلم وقت إدخالها في العين المؤجرة، أو في الفندق بأنها مملوكة للغير إلا أنه

٢٧٢ـ السند لحامله :

السند لحامله صك بحق شخصي ، الدائن فيه أى شخص يحمل السند، فهو ينتقل بالمناولة وليس بطريق الحوالة مثل الحقوق الشخصية أو بطريق التحويل كما تنتقل السندات الإسمية ، ولا عن طريق التظهير كما تنتقل السندات الإذنية فالحق يمتزج بالصك المثبت له بحيث تصبح ملكية الحق لحامل الصك ، ومثل ذلك الأسهم والسندات في شركات الأموال ، والأوراق النقدية والمالية ، وسندات الدين العام ، والسندات التى تصدرها الدولة لعقد قرض مالى . وبالجملة كل السندات التى تنتقل ملكيتها بالتسليم يجب أن تعتبر من قبيل السندات لحاملها .

وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٩٧٦ مدنى صراحة على سريان قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية على السند لحامله .

لا يمكن تطبيق قاعدة " الحيازة في المنقول سند الملكية" عليهما ، لأن المصدر المباشر لحق الامتياز هو النص ، وإذا كان المشرع يقرر الامتياز على منقولات غير مملوكة للمدين بشروط خاصة فهى ليست شروط قاعدة الحيازة في المنقول لأن حيازة المنقول محل الامتياز لا تكون للمؤجر أو صاحب الفندق بل للمستأجر أو النزيل ، كما أن هذه الحيازة لا تستند إلى سبب صحيح.

الشــرط الثانـــى
الحيــازة

٢٧٣ـ مضمـون الشـرط :

يشترط أن تتوافر لواضع اليد على المنقول صفة الحائز بالمعنى القانونى ، أى أن يجمع بين عنصرى الحيازة المادى والمعنوى .

ويترتب على ذلك أن الحائز العرضى ، أى واضع اليد لحساب غيره كالمستأجر والمودع لديه والمستعير والوكيل والدائن المرتهن، لــيس لهم التمسك بقاعدة " الحيازة في المنقول سند الملكية " لأنهم ملزمون بمقتضى عقودهم بالرد .

وقد قضى بأنه ليس للأرملة أن تتمسك لإثبات الملكية لمصلحتها بحيازة المنقولات التى حصرت من ضمن تركة زوجها ، ولم تقسم بيــن الورثـــة ، وإنمـــا تركت لها من باب التسامح ، بصفة عارية الاستعمال [١].

ويجــب أن تكون الحيازة حيازة حقيقية (reélle) أى فعلية ، أى أن يكــون قـــد حصل تسليم المنقول إلى الحائز بالفعل. فمجرد تســلم مفــتاح المخزن الذى توجد فيه البضائع، أو تسلم سندات هذه البضائع، أو تذكرة النقل لاتكفى للاحتجاج بتملك هذه المنقولات[٢].

---

(١) استئناف مختلط ٢١ يناير ١٩١٤.

(٢) الســنهورى ص ١٥٤٤- محمــد على عرفه ص ٢١١ – محمد وحيد الديــن ســوار ص ٦٩٢- عــبد المنعم البدراوى ص ٥٤٦ – وقارن

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " الحـــيازة لاتعتـــبر سندا للملك في المنقول – وفق ما هو مقرر في المادتين ٦٠٧، ٦٠٨ من القانون المدنى [١]– إلا إذا كانت فعلية بنية التملك بريئة من شائبة الغموض واللبس [٢]. وهى لاتكون فعلـــية إلا إذا ترتـــب عليها وجود الشىء المحوز في مكنة الحائز وتحـــت تصـــرفه ، ولا تكون بنية التملك إلا إذا كان الحائز أصيلا يحـــوز لنفســـه لا لغيره ، ولا تكون بريئة من اللبس والغموض إلا

منصـــور مصـــطفى منصور ص ٤٤١. فيذهب إلى أن حيازة السندات المعطاة عن البضائع المعهود بها إلى أمين النقل أو المودعة في المخازن تقـــوم مقـــام حيازة البضائع إعمالا لنص الفقرة الأولى من المادة ٩٥٤ مدنـــى الـــتى تجـــرى على أن : " تسليم السندات المعطاة عن البضائع المعهـــود بهـــا إلى أمين النقل أو المودعة في المخازن يقوم مقام تسليم البضـــائع ذاتها " . فإذا اشترى شخص البضاعة من غير مالكها وتسلم البائع وهو حسن النية مستندات الشحن أو الإيداع ، كان له قبل أن يتسلم البضاعة ذاتها أن يتمسك في مواجهة مالكها بقاعدة "الحيازة في المنقول ســـند الملكية " ، ولكن إذا تسلم شخص المستندات وتسلم آخر البضاعة ذاتها ، وكان كلاهما حسن النية ، فلا يستطيع في هذه الحالة أن يتمسك بهذه القاعدة ، إلا من تسلم البضاعة (م٩٥٤/٢).

(١) تقابل هاتين المادتين في القانون الجديد الفقرتان الأولى والثالثة من المادة ٩٧٦ .

(٢) ذكرنا الفقرة الثانية من المادة ٩٤٩ من القانون الجديد العيوب التى تعدم أثر الحيازة ومنها عيب اللبس .

حيــث تخلــص ليد واحدة لا تخالطها سواها مخالطة تثير الشك في انفرادها بالتسلط على الشيء والتصرف فيه " .

(طعن رقم ١٠٧ لسنة ١٥ ق جلسة ١٩٤٧/١/٣٠)

ولم تعتبر محكمة النقض حيازة مفتاح الخزانة بذاتها دليلا قاطعا علــى حــيازة ما هو في الخزانة ، وتركت ذلك لما يحصله قاضى الموضوع .

إذ قضت بــأن :

" حــيازة مفتاح الخزانة هى حيازة رمزية لمنقول غير حاصل فعــلا فــي اليد ، وليست بذاتها دليلا قاطعا على حيازة ما هو في الخزانة . وكون الشيء حاصلا فعلا في حوزة من يدعى حيازته أو غــير حاصل فيها هو من الواقع الذى يحصله قاضى الموضوع في كل دعوى مما يتوافر فيها من دلائل . وإذا كان القانون قد نص في بــاب البــيع علــى أن تسليم المنقولات المبيعة يصح أن يتم بتسليم مفاتيح المخازن الموضوعة فيها ، فإن هذا النص لايعنى أن كل من يحمل مفتاحا لخزانة يكون ولابد حائزا فعلا لمحتوياتها ، لأن حمل المفــتاح لايلــزم عــنه حتما أن حامله مسلط على الخزانة مستأثرا بالتصــرف فــي فــراغها ، ومــن ثم كانت العبرة في كل دعوى بظــروفها الواقعية ، فحيث تدل هذه الظروف على أن حامل مفتاح الخزانة كان متسلطا فعلا على ما فيها جاز اعتباره حائزا وإلا فلا.

وما يراه قاضى الموضوع في هذا الشأن هو رأى في مسألة واقعية يستقل هو بتقديرها ولايخضع قضاؤه فيها لرقابة محكمة النقض".

(طعن رقم ١٠٧ لسنة ١٥ ق جلسة ١٩٤٧/١/٣٠)

ولاتتحقق الحيازة هناك بالتسليم الحكمى ، كأن يترك المشترى المنقول في يد البائع على سبيل الإيجار (١).

ويجـب أن تتوافر في الحيازة صفاتها القانونية، أى أن تكون ظاهـرة وهادئـة وغير غامضة ، أما شرط الاستمرار فلا محل له هنا، لأنه بمجرد الحيازة تنتقل الملكية .

وعلـى ذلـك لايجوز أن يتمسك بالقاعدة من تكون حيازته قد حصـلت بالإكراه أو حصلت خفية أو من تكون حيازته غامضة . ففـى الحالـة التى يباع فيها عقار مع المنقولات الموجودة فيه إذا طلـب أحد عمال البائع من المشترى استرداد المنقولات التى كانت لـه علـيها الحيازة المادية في العقار المبيع وجب على العامل أن يثبت حق ملكيته ، وليس له أن تقتصر على التمسك بقاعدة "الحيازة فـي المنقول سند الملكية " ، لأن حيازته غامضة إذ يمكن اعتبارها حاصلة لحساب البائع .

وكثـيرا مـا يـثور عيب الغموض بمناسبة حيازة شخص كان يسـاكن المـتوفى باعتـباره خادما عنده أو ممرضا له أو ملازما

---

(١) جميل الشرقاوى ص ٣٢٨.

لفراشـــه وقـــت مرضه ، لبعض منقولات التركة ، ثم يدفع مطالبة الورثة بردها بأنه تلقاها عن المورث بطريق الهبة اليدوية ، فينعى الورثـــة على حيازته غموضها ويتخذون من ظروف المعيشة قرينة علـــى إثبات هذا الغموض . على أن المساكنة في ذاتها لاتعتبر في كـــل الحـــالات دلـــيلا قاطعا على غموض حيازة الحائز ، بل إن القاضـــى يتمـــتع بسلطة تقديرية مطلقة لكى يستشف هذا العيب من ظروف الحيازة وملابساتها ويقضى بما يهديه إليه اقتناعه، وما يراه قاضى الموضوع في هذا الشأن ، هو رأى في مسألة واقعية يستقل هو بتقديرها ولايخضع قضاؤه فيها لرقابة محكمة النقض [١].

ويـــتحقق عيـــب الخفاء في العمل بالنسبة للشخص الذى يحوز بعض منقولات التركة ويخفيها عن الورثة ولايعلن عن وجودها في محضـــر الجرد ، فإذا انكشف أمره للورثة فإنه يبدأ بالإصرار على الكـــتمان ثـــم يعـــود ، فـــي أثـــناء استجوابه ، فيعلن أنه تلقى هذه المـــنقولات عـــن المورث بطريق الهبة اليدوية . مثل هذا الشخص تكـــون حـــيازته مشـــوبة بالخفاء ولايقبل منه إذن الاحتجاج بقاعدة "الحيازة سند الملكية " ويمكن إثبات الخفاء بكل طرق الإثبات[٢].

---

(١) محمد على عرفه ص ٢١٣ – رمضان أبو السعود ص ٤٩٠.

(٢) محمد على عرفه ص ٢١٢– رمضان أبو السعود ص ٤٩٠. .

الشرط الثالث
السبب الصحيح

٢٧٤ ـ مضمون الشرط :

يراد بالسبب الصحيح هنا ، نفس المعنى الذى رأيناه في خصوص التملك بالتقادم الخمسى. فهو تصرف من شأنه أن ينقل الملكية أو الحق العينى إلى الحائز باعتباره خلفا خاصا للمتصرف لو أنه كان صادرا من المالك أو صاحب الحق (م٩٦٩/٣).

والسبب الصحيح في تملك المنقول بالحيازة شرط متميز ومستقل عن شرط حسن النية ، كما هو الحال في التقادم الخمسى. وذلك على عكس الحال في القانون الفرنسى الذى لايتطلب هذا الشرط إلا كقرينة على حسن النية . والحل الذى أخذ به القانون المصرى يفضل الحل المأخوذ به في القانون الفرنسى . لأن قاعدة الحيازة في المنقول دعت إليها اعتبارات تتعلق بتأمين التعامل. وكل ما تتطلبه هذه الاعتبارات هو أن يصبح الحائز الذى يتعامل مع غير مالك في نفس المركز الذى كان يتوفر له لو أنه تعامل مع المالك الحقيقى، فهى لاتتطلب الوصول إلى أكثر من هذا . وإذا كان الذى يتعامل مع المالك الحقيقى تسرى في حقه النتائج التى تترتب

علـــى بطلان سنده ، فإن هذا يجب أن يكون الحل أيضا بالنسبة إلى من يتعامل مع غير مالك [١].

غير أنه يفترض في المادة ٩٧٦ وجود السبب الصحيح بمجرد الحـــيازة ، ولذلـــك لايكلـــف الحائز بإثبات السبب الذى تستند إليه حيازته . إنما يجوز لمدعى الاستحقاق أن يقيم الدليل على أن حيازة الحائز لاسند لها ، ويجوز له إثبات ذلك بكافة وسائل الإثبات إذ أن هـــذه الحالـــة من الحالات التى تخضع لقاعدة حرية الإثبات لوجود مانع من الحصول على كتابة مثبتة للحق [٢].

ولايقتصـــر السبب الصحيح على التصرف الناقل للملكية ، فكل تصـــرف نـــاقل أو منشـــئ لحق عينى منقول آخر قابل لأن يكسب بالحيازة ، كحق الانتفاع في المنقول وحق رهن الحيازة في المنقول إذا صدر من غير صاحب الحق .

ومثال السبب الصحيح ، أن يسلم المالك المنقول إلى مستأجر أو مســتعير ، أو مـــودع لديـــه ، فيكون كل من هؤلاء حائزا عرضيا للمنقول . فإذا ما باع هذا الحائز المنقول إلى مشتر وسلمه إياه ، عد البـــيع ســـندا صـــحيحا لهذا المشترى ، يستطيع أن يتملك المنقول بمقتضـــاه وقـــد يتبدى السبب الصحيح في صور أخرى ، كأن يبيع

---

(١) عبد المنعم الصده ص ٦٨٦ .
(٢) محمد على عرفه ص ٢١٤ .

المـــالك المنقول لشخص لم يتسلمه ، ثم يبيعه مرة أخرى إلى آخر، ويسلمه إياه . فالبيع الثانى صادر من غير مالك ، إذ الملكية انتقلت إلى المشترى الأول بمجرد انعقاد العقد ، ويستطيع المشترى الثانى الذى حاز المنقول تملكه ، لا على أساس العقد ، لصدوره من غير مالك ولكن على أساس قاعدة "الحيازة في المنقول سند الملكية"[١].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" لئــن كان بيع المحل التجارى بمحتوياته ومقوماته بما في ذلك حــق الإيجار يعتبر بيع منقول وتسرى في شأنه المادة ١/٩٧٦ من القــانون المدنـــى ، إلا أن النص في هذه المادة على أن " من حاز منقولا أو حقا عينيا على منقول أو سندا لحامله فإنه يصبح مالكا له إذا كان حسن النية وقت حيازته " يدل على أنه لتطبيق هذه القاعدة في المنقول يتعين أن تنتقل حيازة المنقول بسبب صحيح وأن يكون الحائــز قد تلقى الحيازة وهو حسن النية من غير مالك إذ التصرف لاينقل الملكية مادام قد صدر من غير مالك ولكن تنقلها الحيازة في هذه الحالة وتعتبر سببا لكسب ملكية المنقول، أما إذا كان التصرف صــادرا عــن مالك المنقول امتنع تطبيق القاعدة لأن التصرف هو الذى يحكم العلاقة بين المالك والمتصرف إليه ، ولما كان في البيع بالمــزاد يعتبر المدين في حكم البائع والراسى عليه المزاد في حكم

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ٥٤٩- محمد وحيد الدين سوار ص ٦٩٤.

المشترى ، لما كان ذلك، وكان البين من أوراق الدعوى أن الراسى علـيه المـزاد قـد تلقى حيازة المنقولات الراسى مزادها عليه من مالك- وهو المدين مورث الطاعنين - فإنه لايجوز التمسك بقاعدة الحـيازة سـند الملكـية في هذا المقام ولاتصلح سندا لكسب ملكية المنقولات المتنازع عليها ويبقى بعد ذلك البيع كتصرف جبرى هو الـذى يحكم علاقة طرفيه ، لما كان ما تقدم وكان الحكم المطعون فـيه - قـد انتهى صحيحا إلى بطلان إجراءات البيع ومن مقتضى ذلـك عودة الطرفين (المدين والراسى عليه المزاد) إلى الحالة التى كانـا عليها قبل رسو المزاد أى بقاء ملكية المنقولات للمدين وورثته من بعده (الطاعنين) فإن قضاءه برفض طلب رد المنقولات بالحيازة القائمة على السبب الصحيح وحسن النية يكون قد خالف القانون".

(طعون أرقام ١٧٤٧، ١٧٤٨، ١٧٥٨لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٣/١١/٢٠)

وقد ذكرنا في السبب الصحيح في التقادم الخمسى ، أنه لايعتبر سببا صحيحا بوجه خاص الميراث والعقود التى ليس من شأنها أن تـنقل الملكـية كالإيجـار والعارية والوديعة والوكالة والتصرفات الكاشفة عن الملكية كالقسمة الاختيارية والصلح والحكم القضائى .

كما ذكرنا أن التصرف القانونى الباطل من ناحية الشكل أو من ناحية الموضوع ليس له وجود قانونى فلايعتبر سببا صحيحا.

وكذلـــك لايعتـــبر ســـببا صحيحا التصرف القانونى الظنى لأنه بدوره ليس له وجود قانونى .

أمـــا التصرف القانونى القابل للإبطال فإنه يصلح أن يكون سببا صحيحا.

وقد قضى بأن الراسى عليه مزاد المحصول المحجوز عليه قبل انفصـــاله والذى يضع يده عليه ، له أن يتمسك بقاعدة " الحيازة في المـــنقول سند الملكية " ، ويدفع بها الاسترداد الذى يرفعه المشترى الذى باع له المدين المحصول المذكور[١].

وقضـــى بأنـــه لا يمكن لمالك المنقول الذى حجز وبيع بالمزاد العلـــنى أن يسترده من الراسى عليه المزاد حسن النية ، الذى يقوم البيع القضائى بالنسبة إليه مقام السبب الصحيح ، بل فقطله الرجوع علـــى المدين الذى زاد ماله بثمن الشىء المبيع . فإذا لم يكن الثمن قد وزع على الدائنين فلا يكون له إلا أن يشاركهم في التوزيع، لأنه ليس له امتياز عليهم .

أما إذا كان الثمن قد وزع بين الدائنين أو دفع إلى الدائن الحاجز فليس للمالك رجوع على أحد منهم ، إلا إذا كان الدائن الحاجز سئ النـــية ، ففـــى هذه الحالة للمالك بمقتضى المبادئ العامة أن يطالبه بالثمن ، بل وبتعويضات [٢].

---

(١) استئناف مختلط ١٠ مايو ١٩٢٧ .

(٢) قنا الجزئية ١٦ يناير ١٩٠٥.

ولايعتبر سند الخلف العام سببا صحيحا بالمعنى المقصود في المادة ٩٧٦ مدنى التى لاينطبق نصها على مجموعات المنقولات مثل المنقولات الداخلة في التركة . فالقاعدة تحمى الغير حسن النية الذى تسلم المنقولات من الحائز الأصلى ، ولذلك لاتنطبق على هذا الأخير ولا على ورثته (١).

٢٧٥ـ ما يختلف فيه السبب الصحيح في المنقول عن السبب الصحيح في التقادم الخمسى :

يختلف السبب الصحيح في تملك المنقول عن السبب الصحيح في التقادم الخمسى في مسألتين هما :

١- أن من يتمسك بالتقادم الخمسى ملزم - كما قدمنا- بإثبات وجود السبب الصحيح . أما بالنسبة لقاعدة " الحيازة في المنقول سند الملكية " ، فقد افترض المشرع وجود السبب الصحيح لدى حائز المنقول ، ما لم يقم الدليل على عكس ذلك .

وتبعا لذلك لايكلف الحائز إلا بإثبات حيازته . فإذا ما أثبتها عدت حيازته بسبب صحيح ما لم ينقض الخصم هذه القرينة بأن يقيم الدليل على أن الحيازة لاتقوم على سبب صحيح. ومرد الفرق إلى أنه كثيرا ما يتم التعامل في المنقولات ، دون إعداد دليل لإثبات وجود التصرف .

---

(١) محمد كامل مرسى ص ٤٣٨ .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"... والسبب الصحيح يفرض هنا بخلاف السبب الصحيح في التقادم القصير . فمجرد الحيازة إذن يفرض معها حسن النية والسبب الصحيح حتى يقوم الدليل على العكس " (١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" لما كانت الحيازة في المنقول دليلا على الملكية فإن ثمة قرينة قانونية تقوم لمصلحة الحائز من مجرد حيازته للمنقول على وجود السبب الصحيح وحسن النية إلا إذا ثبت عكس ذلك . وإذن فمتى كان الثابت أن المنقولات المتنازع عليها كنت في حيازة زوجة الطاعن قبل وفاتها عن طريق الهبة وظلت في منزل الزوجية إلى أن وقع الحجز من المطعون عليه الأول ، وكان الحكم المطعون فيه إذ قضى بعدم أحقية الطاعن في نصيبه في هذه المنقولات أقام قضاءه على أنها مملوكة للمطعون عليه الأول لأنه شرط الاحتفاظ بملكيتها حتى يوفى إليه ثمنها كاملا وأن له أن يستردها تحت يد كائن من كان دون أن يعتد بقرينة الحيازة التى ثبت توافرها لمورثة الطاعن قبل وفاتها فإن هذا الحكم يكون قد خالف القانون ".

(طعن رقم ٥٦ لسنة ٢١ ق جلسة ١٩٥٤/٢/٤)

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٦ ص ٥١٤.

٢- فــي التقادم الخمسى يشترط في السبب الصحيح أن يكون مســجلا (م ٣/٩٦٩) مدنى لأننا بصدد اكتساب ملكية على عقار . أمــا بالنســبة لقاعدة " الحيازة في المنقول سند الملكية " فلا يشترط بداهــة تسجيل التصرف ، لأن التصرف في المنقول بذاته من شأنه نقل الحق إلى الحائز ، لو صدر من المالك دون تسجيل [١].

(١) الســنهورى ص ١٥٥١ – رمضان أبو السعود ص ٤٩٢- محمد وحيد الدين سوار ص ٦٩٥ .

الشــــرط الرابــــع
حســـن النيـــة

٢٧٦ـ مضمون الشرط :

اشـــترطت المـــادة صراحة في تملك المنقول بالحيازة أن يكون الحائز " حسن النية " .

ومعـــنى حسن النية هنا هو ذات معناه في تملك العقار بالتقادم الخمســـى ، أن يكـــون الحائز قد اعتقد أنه يتلقى ملكية المنقول من المالك . فحسن النية إذن غلط يقع فيه الحائز يدفعه إلى الاعتقاد بأن المتصرف هو مالك المنقول ، على أن يكون هذا الغلط مغتفرا حتى يستقيم مع حسن النية ، فإذا كان غير مغتفر فإنه ينفى حسن النية . ويســـتوى أن يكـــون الغلـــط في الواقع أو في القانون . وفى جميع الأحـــوال يجب أن يكون حسن النية كاملا ، فأى شك يقع في نفس الحائـــز في أن المتصرف قد لا يكون هو مالك المنقول ينفى حسن النية .

وهـــذا كله على التفصيل الذى قدمناه في التقادم الخمسى ونحيل إليه (راجع بنود ٤٣٩ ومابعده) .

٢٧٧ـ الوقت الذى يشترط فيه توافر حسن النية :

الوقـت الذى يشترط فيه توافر حسن النية هو وقت بدء الحيازة إذ نصت الفقرة الأولى من المادة ٩٧٦ على أن : " من حاز بسبب صـحيح .... إذا كان حسن النية وقت حيازته" ، وهذا بخلاف ما رأيـناه بالنسـبة للتقادم الخمسى ، حيث لايشترط توافر حسن النية لـدى حائـز العقار إلا وقت تلقى الحق (م٩٦٩/٢ مدنى) . وترجع هـذه التفرقة إلى أن الحيازة في المنقول أفعل أثرا منها في العقار . ففى التقادم الخمسى يأتى سند الحائز وهو السبب الصحيح في المقلم الأول ويكون دور الحيازة طوال مدة التقادم قاصرا على تدعيم هذا السند وتطهيره من العيب الذى يشوبه بسبب عدم ملكية المتصرف ، ولذلـك لايكسب حائز العقار الملكية إلا بعد تمام التقادم ، بينما في حيازة المنقول يأتى دور الحيازة في المقام الأول ويكون دور السند قاصرا على تدعيم هذه الحيازة ، ولذلك يكسب حائز المنقول الملكية فـي الحال. ومادام أن للحيازة في المنقول هذا الشأن كان لابد من توافـر حسـن النية وقت بدء الحيازة ، فلا يكفى أن يكون الحائز حسـن النية وقت تلقى الحق . بحيث أنه إذا كانت هناك فترة زمنية بيـن هذيـن الوقتيـن ، وكـان الحائز يعتقد وقت تلقى الحق أن المتصـرف مـالك ، ولكنه بعد ذلك وقبل أن يتسلم المنقول علم أن

المتصرف غير مالك ، فإنه يعتبر سيء النية . فإذا توفر حسن النية وقـــت بدء الحيازة فلا تكون هناك أية أهمية لسوء النية الذى يطرأ بعد ذلك (١).

وحســن النية يفترض دائما إذ نصت المادة ٣/٩٧٦ مدنى على أن : " والحيازة في ذاتها قرينة على وجود السبب الصحيح وحسن النية ما لم يقم الدليل على عكس ذلك " . وقد جاء هذا النص تطبيقا خاصـــا للقاعدة العامة المنصوص عليها في الفقرة الثالثة من المادة ٩٦٥ مدنـــى من أن : " وحسن النية يفترض دائما ما لم يقم الدليل علـــى العكـــس " . وعلـــى ذلك لايكلف حائز المنقول أن يثبت إلا الحـــيازة وحدهـــا ، فـــإذا ما أثبتها افترض القانون أن هذه الحيازة مقـــترنة بحســـن النية مصحوبا بالسبب الصحيح. وعلى من يدعى ســـوء نـــية الحائـــز أن يثبت أن الحائز كان يعلم وقت الحيازة أنه يعتدى على حق للغير أو أن جهله ناشئا عن خطأ جسيم أو اغتصب الحيازة بالإكراه (٢).

---

(١) عـــبد المـــنعم الصـــده ص ٦٨٤ – محمد وحيد الدين سوار ص ٦٩٣ ومابعدها – جميل الشرقاوى ص ٣٣٣ .

(٢) الســـنهورى ص ١٥٥٥ وما بعدها – منصور مصطفى منصور ص ٤٤٤ ومابعدها – جميل الشرقاوى ص ٣٣٤ .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " ثـــبوت حيازة المال المودع وفقا للمادة ٦٠٨ من القانون المدنـــى القديم يستفاد منه وجود السبب الصحيح وحسن النية إلا إذا ثبـــت ما يخالف ذلك . وإذن فمتى كانت المطعون عليها الأولى قد تمسكت بقرينة الحيازة الدالة على ملكية القاصرين للمال المودع في حســـابهما بـــأحد البنوك فإن عبء إثبات ما يخالف هذه القرينة يقع علـــى عاتق من يدعى العكس ، ولايغير من هذا الحكم ذكر المودع باسمه المال أن سبب تملكه لهذا المال هو الهبة " .

(طعن رقم ١٣٠ لسنة ٢٠ ق جلسة ١٩٥٣/١١/٢٦)

٢- " إذا كان الحكم قد نفى حسن النية عن الراسى عليه المزاد فـــي بيع الأشياء المحجوز عليها فإن التحدى بحكم المادة ٩٧٦ من القانون المدنى لا يكون له محل " .

(طعن رقم ١٧٢ لسنة ٢٣ ق جلسة ١٩٥٧/٥/٢٣)

آثار قاعدة " الحيازة في المنقول سند الملكية " :

٢٧٨ـ أولاً : الأثر المكسب :

إذا توافـــرت الشروط الأربعة التى ذكرناها فيما سلف لانطباق قـــاعدة " الحـــيازة فـــي المنقول سند الملكية " ، فإن الحائز يكسب الملكـــية أو الحـــق العينى التى وردت عليه الحيازة . ويتحقق هذا الكسب في الحال من تلقاء نفسه ، فلا تكون هناك حاجة إلى مضى

مــدة معيــنة . ولا يكــون ترتيــب هذا الأثر رهينا بتمسك الحائز بالقــاعدة ، لأن حيازة المنقول بالشروط المذكورة تعتبر سببا لكسب ملكيته أو أى حق عينى آخر عليه دون حاجة إلى أى إجراء آخر.

فإذا رفع المالك الأصلى دعوى الاستحقاق على الحائز أمكنه أن يدفعها بأنه تملك المنقول بالحيازة .

وإذا اعــتدى الغير على حيازة الحائز للمنقول ، فاغتصبه منه، كــان له أن يرفع دعوى الاستحقاق حيث يتمسك بأنه تملك المنقول بالحيازة فيعد الحائز وكأنه قد تلقى الحق من صاحبه .

أمــا إذا لم تتوافر الشروط المطلوبة للقاعدة ، فإنه يجوز للمالك أن يسترد المنقول من الحائز بدعوى الاستحقاق ، ولايستطيع الحائز فــي هذه الحالة أن يدفع دعوى المالك إلا إذا كان قد تملك المنقول بالتقادم الطويل(١).

٢٧٩ـ ثانيا : الأثر المسقـط :

رأيــنا أن الفقرة الثانية من المادة ٩٧٦ مدنى تنص على أنه : "إذا كــان حســن النية والسبب الصحيح قد توافرا لدى الحائز في اعتــباره الشئ خاليا من التكاليف والقيود العينية فإنه يكسب الملكية خالصة منها ".

---

(١) عــبد المــنعم الصده ص ٦٨٩ – محمد وحيد الدين سوار ص ٦٦٦– منصور مصطفى منصور ص ٤٤٥ .

فإذا كان المنقول محملا بتكليف عينى، كحق انتفاع أو استعمال أو رهن حيازى أو امتياز - بالتفصيل الذى ذكرناه فيما سلف- ولكن الحائز تلقى المنقول معتقدا أنه خاليا من مثل هذه التكاليف ، وكان حسن النية أى لايعلم بوجود تكاليف على المنقول ، فإنه يكسب الملكية خالصةً من مثل هذه التكاليف .

وهذا الأثر المسقط أحد الأحكام التى تترتب على الحيازة في المنقول دون العقار . فقد رأينا أن القاعدة في التقادم المكسب أن يكسب الحائز الملكية محملة بما كان عليها من تكاليف عينية قبل بدء سريان التقادم ، ما لم تكن هذه التكاليف قد انقضت بالتقادم المسقط الخاص بها ، ومع مراعاة أن الحقوق العينية التبعية لاتنقضى إلا بانقضاء الدين الذى تضمن الوفاء به .

وهناك نظرية فقهية ترتب هذا الأثر على أساس أن الحيازة في المنقول تعتبر من الأسباب التى تكسب بها الملكية ابتداء ، فهى تخول الحائز ملكية جديدة متميزة عن الملكية القديمة، ومن ثم تؤدى إلى سقوط ما يكون المنقول محملا به من تكاليف عينية [١]. ولكن يذهب الرأى الغالب إلى أن التصور الصحيح . وهو التصور الذى يستفاد من النص وتقول به مذكرة المشروع التمهيدى وهو أن للحيازة في هذا المجال أثرا مسقطا لهذه التكاليف . هو التصور

(١) محمد على عرفه ص ١١١ .

الــذى يــتفق مع اشتراط وجود سبب صحيح ، ومع سريان النتائج القانونــية لهذا السبب في حق الحائز ، مع الغرض الذى يقصد إليه مــن تقرير قاعدة الحيازة في المنقول وهو تغطية العيب الناجم من عــدم ملكــية المتصرف بحيث يصبح الحائز في نفس المركز الذى كان يتوفر له لو أنه تعامل مع المالك الحقيقى (١).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" والحــيازة لاتكسب ملكية المنقول فحسب ، بل هى أيضا تزيل التكالــيف والقيود العينية التى تثقل المنقول . فلو وضع الحائز يده علــى مــنقول وهو مرهون رهن حيازة ملكه في الحال خالصا من الرهــن (وهــذا بخلاف العقار المرهون رهنا رسميا . أنظر مادة ١٥١٠) .

ذلك لأن لحيازة المنقول أثرين لا أثرا واحدا . أثرا مكسبا وأثرا مســقطا ، فبمجرد توفرها تكسب الحائز الملكية وتسقط التكاليف . ومــتى تبين هذان الأثران المتميزان أصبحنا في غنى عن النظرية الفقهــية التى تجعل الحيازة مكسبة لملكية جديدة متميزة عن الملكية القديمــة ، فإن هذا القول يصطدم مع ما هو معروف من أن الملكية

---

(١) عــبد المــنعم الــبدراوى ص ٦٩٢ ومابعدها – السنهورى ص ١٥٦٩ ومابعدهــا – منصور مصطفى منصور ص ٤٤٥ ومابعدها – محمود جمال الدين زكى ص ٥٧٠.

حـق دائـم ، وأصبح من الواضح أن الملكية هى لم تتغير ، وأنها انتقلـت بحكـم الحيازة وانتقلت خالصة من التكاليف بحكم الحيازة أيضا " [١].

وهـذا الأثر المسقط قد يترتب مع الأثر المكسب في آن واحد، وذلك إذا كان السبب الصحيح قد صدر من غير مالك دون أن يذكر فيه ما يثقل المنقول من أعباء وتكاليف . ومثال ذلك أن نكون بصدد مـنقول مرهون ويؤجره الدائن المرتهن ويسلمه للمستأجر ، ثم يقوم الأخـير ببـيع هذا المنقول دون أن يذكر للمشترى واقعة الرهن ، فيتسلمه المشترى معتقدا أن البائع هو المالك وجاهلا بوجود الرهن. هـنا يتحقق الأثر المكسب والمسقط معا ، فبمقتضى الأثر المكسب للحـيازة يتملك المشترى المنقول ، وبمقتضى الأثر المسقط ، فإنه يتملكه خاليا من هذا الرهن .

وقـد يترتـب الأثر المسقط وحده ، وذلك في حالة ما إذا كان السـبب الصـحيح قد صدر من مالك دون أن يذكر فيه ما يثقل من قـيود وتكالـيف . مـثال ذلـك أن يتلقى الحائز حسن النية الشىء المرهون من المالك على أنه خال من الرهن ، فيسقط الرهن بفضل الأثر المسقط [٢].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٦ ص ٥١٤ .

(٢) منصور مصطفى منصور ص ٤٤٥ وما بعدها – عبد المنعم البدراوى ص ٥٥٣ وما بعدها – رمضان أبو السعود ص ٤٩٤ .

٢٨٠ـ تطبيقات للأثر المسقط للحيازة :

أورد المشـــرع نفسه عدة تطبيقات للأثر المسقط لحيازة المنقول بحســـن نـــية علـــى الخصوص فيما يتعلق بالحقوق العينية التبعية (التأمينات التى ترد على المنقول) ومثال ذلك :

١- بعد أن نصت المادة ٢/١١١٨ مدنى على أن يكون للمرتهن إذا كـــان حســـن النـــية أن يتمسك بحقه في الرهن ولو كان الراهن لايملـــك التصـــرف في الشيء المرهون ، وهذا هو الأثر المكسب لحـــيازة حـــق الرهن، قالت "كما يجوز من جهة أخرى لكل حائز حســـن النية أن يتمسك بالحق الذى كسبه على الشيء المرهون ولو كان ذلك لاحقا لتاريخ الرهن " . وهذا هو الأثر المسقط .

٢- تـــنص المادة ١/١١٤٥ مدنى على أن امتياز بائع المنقول يبقى ما بقى المبيع محتفظا بذاتيته " دون إخلال بالحقوق التى كسبها الغير بحسن نية " .

٣- تنص المادة ١/١١٣٣ مدنى على أنه :

" لايحتج بحق الامتياز على من حاز المنقول بحسن نية ".

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" المقـــرر أن الحـــيازة فـــي المـــنقول أصلا سند الملكية وأن المشـــترى حسن النية يملك المنقول بالحيازة وكان حق الامتياز – وعلـــى مـــا نصت عليه الفقرة الأولى من المادة ١١٣٣ من التقنين

المدنـــى – لايحـــتج بـــه على من حاز منقولا بحسن نية ، وكانت الطاعـــنة لـــم تقدم دليلا على علم مشترى منقولات النزاع أنها من تركة مورث المطعون ضده الثانى وبأن البائع لم يؤد رسم الأيلولة المستحق عليه ومن ثم لا يكون من حق مصلحة الضرائب التمسك بالمادتين آنفتى الذكر وتتبع هذه المنقولات في يد المشترى ... الخ".

(طعن رقم ١٨٣٤ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٩٠/٥/٢١)

٤- تنص المادة ٥/١١٤٣ مدنى على أن :

" وإذا نقلـــت الأمـــوال المثقلة بالامتياز من العين المؤجرة على الرغم من معارضة المؤجر أو على غير علم منه ولم يبق في العين أمـــوال كافـــية لضـــمان الحقوق الممتازة ، بقى الامتياز قائما على الأموال التى نقلت دون أن يضر ذلك بالحق الذى كسبه الغير حسن النـــية على هذه الأموال ، ويبقى الامتياز قائما ولو اضر بحق الغير لمـــدة ثـــلاث ســـنوات من يوم نقلها إذا أوقع المؤجر عليها حجزا استحقاقيا في الميعاد القانونى . ومع ذلك إذا بيعت هذه الأموال إلى مشتر حسن النية في سوق عام أو في مزاد علنى أو ممن يتجر في مثلها ، وجب على المؤجر أن يرد الثمن إلى هذا المشترى " .

٥- تـــنص المـــادة ١١٤٤ مدنـــى علـــى أن المبالغ المستحقة لصـــاحب الفـــندق فـــي ذمة النزيل عن أجر الإقامة والمؤونة وما صـــرف لحســـابه ، يكـــون لها امتياز على الأمتعة التى أحضرها

النزيل في الفندق أو ملحقاته . ويقع الامتياز على الأمتعة ولو كانت غــير مملوكة للنزيل إذا لم يثبت أن صاحب الفندق كان يعلم وقت إدخالها عنده بحق الغير عليها بشرط ألا تكون تلك الأمتعة مسروقة أو ضائعة .... الخ .

ويلاحــظ أن المشرع حين نص على الأثر المسقط للحيازة لم يقصر هذا الأثر على سقوط الحقوق العينية ، بل جاءت الألفاظ التى استعملها عامــة تشمل " التكاليف والحقوق العينية" . أى التكاليف التى ترد على المنقول وإن لم تعتبر من الحقوق العينية مثل الشرط المــانع مــن التصرف ولذلك فإن الأثر المسقط للحيازة يترتب في حالة ما إذا كان المتصرف قد تصرف في المنقول خروجا منه على الشرط المانع من التصرف إلى حائز حسن النية يجهل هذا الشرط. فــلا يجــوز لمــن تقرر الشرط لمصلحته في هذه الحالة أن يطلب إبطال التصرف جزاء لمخالفة الشرط (١).

ومثال ذلك الحظر الوارد في الفقرة الأولى من المادة ١٠٧ من قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ على المشترى بالتقسيط فــي التصرف في المبيع قبل أداء الأقساط جميعها إلا بإذن مكتوب من البائع ... فهذا الحظر لايمتد أثره إلى حائز المنقول بحسن نية.

---

(١) عــبد المــنعم البدراوى ص ٥٥٥ – المستشار محمد عبد اللطيف ص ٤٧٦ ومــا بعدها – منصور مصطفى منصور ص ٤٤٧ وما بعدها – جميل الشرقاوى ص ٣٣٦ .

٢٨١ـ بقاء الدعاوى الشخصية للمتصرف ضد الحائز :

تؤدى قاعدة حيازة المنقول بشروطها سالفة الذكر إلى أن يصبح الحائـــز مالكا أو صاحب حق عينى على المنقول . ولكنها لاتبرئ ذمة الحائز إذا كان مدينا ، ذلك أن قاعدة الحيازة في المنقول تهدف فقــط إلى تغطية العيب الناجم من عدم ملكيته المتصرف ،فليس من شــأنها أن تــزيل العــيوب الأخرى التى يمكن أن تلحق التصرف الصادر إلى الحائز . وعليه فإن القاعدة لاتحول دون بقاء الدعاوى الشخصية التى تكون للمتصرف أو دائنيه ضد الحائز . رغم أن هذا الأخــير أصبح مالكا. وينبنى على ذلك أنه إذا كان التصرف الذى تلقــى به الحائز المنقول مشوبا بما يجعله قابلا للإبطال أو الفسخ أو نحــو ذلــك فإن الدعاوى الشخصية التى تكون للمتصرف أو دائنيه بناء على هذه الأسباب يجوز رفعها على الحائز رغم تملكه المنقول بالحــيازة ، ومقتضـــى هــذا أنـــه إذا نجــح المتصرف في دعواه الشخصــية ضــد الحائز استطاع أن يسترد منه المنقول رغم كسبه الملكية . وكذلك الأمر إذا نجح أى من دائنى المتصرف في الدعوى التى يباشرها بالنيابة عن المتصرف ضد الحائز .

ويســتطيع المــالك الأصلى بوصفه دائنا للمتصرف أن يباشر الدعــوى الشخصية ضد الحائز نيابة عن المتصرف ، فإذا نجح في

هـذه الدعـوى أمكنـه أن يسترد المنقول من هذا الطريق رغم أن الحائز قد كسب ملكيته بالحيازة [١].

٢٨٢ـ مصـير الدعـاوى الشخصـية الـتى لـلمالك ضد المتصرف :

إذا كــان المتصــرف في المنقول حائزا عرضيا كالمستأجر أو المســتعير أو الوكيل أو المودع لديه ، فإن يكون ملزما برد المنقول إلــى المالك بمقتضى العقد المبرم بينهما . ولاتحول قاعدة الحيازة فــي المنقول دون بقاء المتصرف في مثل هذه الحالات ملزما برد المــنقول إلــى المالك . وقد يكون سند ملكية المتصرف مشوبا بما يجعله باطلا أو قابلا للإبطال أو الفسخ أو نحو ذلك .

فــلا تحول هذه القاعدة دون بقاء حق المالك في الرجوع على المتصرف ، فيؤدى هذا الرجوع إلى إلغاء سند المتصرف .

غير أنه في هذه الحالات جميعها ، إذا نحج المالك الأصلى في دعــواه ضــد المتصرف ، فإن لايستطيع مع ذلك أن يرجع بدعوى الاستحقاق على الحائز . لأن الحائز تملك المنقول بمقتضى القاعدة المذكورة ، فأصبح في مأمن من هذه الدعوى ، ولايبقى أمام المالك الأصلى إلا بالرجوع بالتعويض على المتصرف [٢].

---

(١) عبد المنعم الصده ص ٦٩١ – منصور مصطفى منصور ص ٤٤٥.

(٢) عــبد المنعم الصده ص ٦٩٠ – المستشار محمد عبد اللطيف ص ٤٧٤ وما بعدها .

مـادة (٩٧٧)

١- يجـوز لمـالك المنقول أو السند لحامله إذا فقده أو سرق مـنه، أن يسترده ممن يكون حائزا له بحسن نية وذلك خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع أو السرقة .

٢- فإذا كان من يوجد الشيء المسروق أو الضائع في حيازته قد اشتراه بحسن نية في سوق أو مزاد علني أو اشتراه مما يتجر فـي مثله ، فإن له أن يطلب ممن يسترد هذا الشيء أن يعجل له الثمن الذى دفعه .

الشرح

٢٨٣ـ استرداد المـالك المـنقول أو السـند لحامله في حالة السرقة أو الضياع :

بعـد أن قـرر المشرع الأثر المكسب والأثر المسقط المترتبين علـى الحيازة المقترنة بحسن النية والسبب الصحيح ، أورد استثناء علـيهما في المادة ٩٧٧، إذ نصت الفقرة الأولى من المادة على أنه يجـوز لمـالك المنقول أو السند لحامله إذا فقده أو سرق منه ، أن يسترده ممن يكون حائزا له بحسن نية وذلك خلال ثلاث سنوات من وقـت الضـياع أو السرقة . ومفاد ذلك أن حائز المنقول أو السند لحامله بحسن نية وسند صحيح لن يستطيع التمسك بحيازته ، إذا

كان المنقول قد خرج من يد صاحبه بسبب السرقة أو الضياع. ففى هذه الحالة فضل المشرع حق المالك على حق الحائز الحسن النية.

والحكمـــة في هذا أن المنقول أو السند لحامله في حالتى السرقة والضـــياع يخـــرج من حيازة مالكه كرها وعلى غير إرادته ودون خطـــأ منه ، فلم يشارك المالك بذلك في إيجاد المظهر المادى الذى خـــدع الحائـــز فجعله يعتقد أن المتصرف هو المالك . فيجوز إذن للمـــالك أن يسترد المنقول المسروق أو الضائع من يد الحائز حسن النية (١).

٢٨٤ـ شـــروط الاسترداد :

يشـــترط لاسترداد المالك المنقول أو السند لحامله المسروق أو الضائع من يد الحائز حسن النية توافر الشروط الآتية :

الشرط الأول :

أن يكون المنقول أو السند لحامله قد خرج من يد المالك بسبب السرقة أو الضياع :

يشترط للاسترداد أن يكون المنقول أو السند لحامله قد خرج من يد المالك بسبب السرقة أو الضياع .

---

(١) عـــبد المـــنعم الـــبدراوى ص ٥٥٥ وما بعدها – المستشار محمد عبد اللطيف ص ٤٧٨ .

والمقصـــود بالســرقة ، السـرقة بمعناها المحدد لها في قانون العقوبـــات ، وهي اختلاس مال منقول مملوك للغير (مادة ٣١١ من قـــانون العقوبات) ، ومن أهم أركان هذه الجريمة الاختلاس ، فإذا كان فقد المالك حيازته ناشئا عن فعل آخر لا يكون جريمة السرقة، ولكنه يتحد معها في أثرها ، فلا يستفيد المالك من حكم المادة . فلا يســرى إذن حكــم المـــادة بالنسبة للمالك الذى كان ضحية لخيانة الأمانـــة أو النصـــب . إذ أن المالك – حينئذ- يكون قد تخلى عن حيازة المنقول بإرادته . ولو أنه وضع ثقته في غير موضعها ، أو كان ضحية غفلته أو عدم خبرته ، إلا أنه قد ساهم مع ذلك في خلق المظهر الخارجي للحيازة التى انخدع به الحائز حسن النية [١].

ويجـــوز الاسترداد في جميع حالات السرقة ، ولو كان القانون يعفـــى الســـارق من العقاب في بعض الحالات ، أو يجعل العقاب متوقفا على طلب المجنى عليه ، كالسرقات التى ترتكب بالزوج أو الزوجة أو الأصول أو الفروع (م ٣١٢ من قانون العقوبات) . فلو ســرق أحـــد الزوجيـــن من الزوج الآخر منقولا أو سرق المنقول الأصـــل مـــن أحـــد فروعه أو الفرع من أحد أصوله ، ولم يطلب

---

(١) محمد على عرفه ص٢٢٨ ومابعدها- السنهورى ص١٥٧٥ ومابعدها – عبد المنعم البدراوى ص ٥٥٦ – عبد المنعم الصده ص ٦٩٥ ومابعدها – جميل الشرقاوى ص ٣٣٨ .

المجـــنى عليه محاكمته ، فإن المنقول يبقى معتبرا أنه مسروق في حكـــم المادة ٩٧٧ مدنى . فلو باع السارق في هذه الأحوال المنقول لحائز حسن النية ، جاز لمالك المنقول أن يسترده من الحائز [١].

وكذلـــك ينطـــبق النص ولو بقى السارق مجهولا. أما الضياع فيجب ألا يقتصر مدلوله على ما يفقده الحائز بإهماله أو بعدم حيطته، بل إن مدلول هذا الاصطلاح يجب أن يمتد إلى الحالات التى يتجرد فـــيها الحائـــز مـــن حيازة المنقول دون قصد التخلى عن حيازته . فيســـرى حكم المادة على الحالة التى يفقد فيها المالك المنقول بقوة قاهرة أو حادث مفاجئ ، كالفيضان أو الحريق أو الغزو الأجنبى ، كما يسرى من باب أولى على المنقول الذى يفقد أثناء إرساله للغير، ســـواء نجم ذلك عن خطأ أمين النقل أو بالعكس عن خطأ المرسل في تحرى عنوان المرسل إليه [٢].

ولايعتبر الحيوان الجامح شيئا ضائعا ، فمن يكبح جماح حيوان لاتســـرى عليه أحكام الأشياء الضائعة وإنما يرجع بدعوى الفضالة علـــى صـــاحب الحـــيوان . ولايعتبر كذلك حيوانا ضائعا الدواجن والحيوانات الأليفة إذا ألفت الرجوع إلى المكان المخصص لها [٣].

---

(١) السنهورى ص ١٥٧٦- عبد المنعم الصده ص ٦٩٦- منصور مصطفى منصور ص ٤٤٩ .

(٢) محمد على عرفه ص ٢٢٩ – السنهورى ص ١٥٧٧.

(٣) السنهورى ص ١٥٧٧ هامش (١) .

الشرط الثانى :

أن يكون المنقول في يد حائز بحسن نية وسبب صحيح :

يشـــترط لجـــواز الاسترداد وفقا لحكم المادة أن يكون المنقول المطلوب استرداده في يد شخص يحوزه بحسن نية وسبب صحيح .

فهـــذا الحائز هو الذى يعتبر جواز استرداد المنقول منه استثناء مـــن قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية ، وهو الذى يحق له أن يستفيد من أحكام هذا الاستثناء فيما يتعلق بالمدة التى يجب أن ترفع دعـــوى الاسترداد خلالها ،وفيما يتعلق بحقه في اقتضاء الثمن الذى دفعه ممن يسترد المنقول في حالة خاصة كما سنرى .

أما من يحوز المنقول بدون سبب صحيح وحسن نية ، فلا شأن لـــه بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية ، ولا بالاستثناء الوارد عليها ، وإنما يجوز للمالك استرداد المنقول منه طبقا للقواعد العامة كما سنرى .

الشرط الثالث :

أن ترفع دعوى الاسترداد خلال ثلاث سنوات :

يشترط أن يرفع المالك دعوى الاسترداد خلال ثلاث سنوات من وقت السرقة أو الضياع . فالقانون يعامل مالك المنقول المسروق أو الضائع في مواجهة الحائز حسن النية هذه المعاملة الاستثنائية بمنع الحائـــز من مواجهة المالك بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية لمدة معينة تبدأ من وقت السرقة أو الفقد ، هى ثلاث سنوات ، يعود

بعدها المجال لتطبيق هذه القاعدة ، أى أن المادة ٩٧٧ تعطل تطبيق قــاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية لمدة ثلاث سنوات لمصلحة المالك [١].

ولا يشــترط أن يكون الحائز وضع يده على المنقول مدة ثلاث الســنوات كلهــا ، وإنما يكفى أن يكون قد مضى ثلاث سنوات من تاريخ السرقة أو الضياع . فإذ خبئ الشئ المسروق أو الضائع مدة سنتين مثلا ، ثم بيع إلى شخص حسن النية خلال السنة الثالثة ، فإن حــق المــالك في الشيء المسروق أو الضائع يسقط بانتهاء السنة الثالثة [٢].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" فإذا كان المنقول مسروقا أو ضائعا فإن الحائز لا يملكه ، بل تــبقى دعــوى المــالك في الاسترداد قائمة ثلاث سنوات من وقت الضــياع أو الســرقة . ولــيس مــن الضرورى أن تستمر حيازة المسروق أو الضائع طول هذه المدة ، فقد يضيع المنقول ولايحوزه أحــد مدة سنتين ثم يجد من يبيعه إلى حائز حسن النية ، فيبقى هذا حائــزا سنة واحدة حتى تكمل ثلاث السنوات التى تسقط بها دعوى الاسترداد .

(١) جميل الشرقاوى ص ٣٣٩ .

(٢) محمد كامل مرسى ص ٤٤٦- عبد المنعم البدراوى ص ٥٥٦ – جميل الشرقاوى ص ٣٣٩ .

علـــى أن هذه الدعوى إذا رفعت في الميعاد ضد حائز اشترى من سوق عمومية أو من مزاد علنى أو من شخص يتعامل في مثل هــذا المنقول ، جاز للحائز ألا يرد الشيء حتى يسترد الثمن الذى دفعه ويرجع المالك على من قبض هذا الثمن " (١).

والمدة المذكورة ليست مدة تقادم مسقط ، ولكنها مدة سقوط فهى لاتقبل الوقف والانقطاع ، وتسرى ضد جميع الأشخاص وفى جميع الحالات ، فهى تسرى على ناقصى الأهلية والمحجورين (٢).

فهـــى ليست – من جهة– تقادما مكسبا لأنه من المسلم به طبقا للمـــادة ٩٧٧ أن مـــدة ثـــلاث الســـنوات تبدأ من تاريخ السرقة أو الضـــياع، ولو كان الأمر أمر تقادم مكسب لوجب حساب هذه المدة مـــن يوم حيازة المدعى عليه في الدعوى أو سلفه ممن تلقى المال عنهم. وليست –من جهة أخرى – مدة تقادم مسقط ، لأن المسلم أن دعوى الاسترداد لاتسقط بالتقادم . فالمدة إذن هى مدة سقوط . ذلك أن القانون يعطى استثناء لمالك الشئ المفقود أو المسروق الحق في

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ٦ ص ٥١٤ وما بعدها .

(٢) محمد كامل مرسى ص ٤٤٦ وما بعدها – السنهورى ص ١٥٨٣– عبد المنعم البدراوى ص ٥٥٧ .

استرداده خروجا على القاعدة العامة [١]. ولذلك لاتطبق عليها قواعد انقطاع أو وقف التقادم [٢].

وهـذه المدة لاتتعلق بالنظام العام . فلا يجوز للقاضى أن يحكم مـن تلقاء نفسه بسقوط حق المالك في دعوى الاسترداد إذا رفعت بعد انقضاء ثلاث سنوات من تاريخ حصول السرقة أو الضياع، بل يجـب أن يدفـع الحائز أمامه بذلك وأن يتمسك بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية [٣].

٢٨٥ـ ممن تـرفع دعوى الاسترداد ؟

تـنص المادة على أنه : " يجوز لمالك المنقول أو السند لحامله ... أن يسـترده .... " فالمادة تخول بصريح نصها المالك الحق في طلب الاسترداد .

غـير أن الـرأى الغالب في الفقه يذهب إلى أن الحق في رفع دعـوى الاسترداد يمتد إلى كل شخص كان واضعا يده على الشيء وقت السرقة أو الضياع ، وكان مسئولا عن حفظه ، كما إذا سلمت منقولات لإحدى شركات النقل أو هيئة السكة الحديد لنقلها فسرقت ، فإنه يجوز لهما رفع الدعوى بطلب ردها .

---

(١) الدكـتور محمـد علـى عمـران الحقوق العينية الأصلية فى القانون المصـرى ص ١٩٩- عبد المنعم البدراوى ص ٥٥٧- السنهورى ص ١٥٨٣ – عبد المنعم الصده ص ٦٩٧ وما بعدها .

(٢) جميل الشرقاوى ص ٣٣٩.

(٣) المستشار محمد عبد اللطيف ص ٤٨٥ .

كمـــا يجــوز للمــــودع لديه الذى سرقت منه المنقولات أن يقيم دعوى الاسترداد لمصلحة المالك (١).

وكذلك يحق لمن له حق في المنقول أن يسترده كحائز بنية تملكه والمرتهن رهنا حيازيا .

٢٨٦ـ من تـرفع عليه دعوى الاسترداد ؟

تـــرفع دعـــوى الاســـترداد على أى شخص يوجد لديه الشيء المسروق أو الضائع .

---

(١) محمد كامل مرسى ص ٤٥٠- السنهورى ص ١٥٧٧- المستشار محمد عبد اللطيف ص ٤٨٣- المستشار على أحمد حسن ص ٢٥٠- وعكس ذلـــك محمد على عرفه ص ٢١٩ إذ يذهب إلى أنه إن صح هذا التعميم فـــي القـــانون الفرنسى نظرا لعموم عبارة نص الفقرة الثانية من المادة ٢٢٧٩ ، فإنه لا يستقيم عندنا مع العبارة المحددة الواضحة التى استعملها المشرع في المادة ٩٧٧ فبينما تجيز المادة ٢٢٧٩ استرداد المنقول لمن فقــده أو ســـرق مـــنه ، وهى عبارة عامة يمكن أن تشمل المالك وغير المـــالك ، فإن المادة ٩٧٧ لم تعط هذا الحق إلا " لمالك المنقول أو السند لحاملــه إذا فقـــده أو سرق منه " . ولما كنا بصدد حكم استثنائى ، فلا يسوغ التوسع في تفسيره أو القياس عليه . ومن ثم فإنه يرى أن دعوى الاستحقاق لا تكون مقبولة إلا من المالك، ويستطرد أن هذا الرأى أكثر اتساقا مع علة هذا الاستثناء إذ لايسوغ تفضيل المدعى على الحائز حسن النـــية إلا إذا ثبـــت أنه المالك الذى حرم من حيازة الشيء دون تقصير منه.

فـترفع الدعـوى على السارق أو من وجد الشيء الضائع ، أو على المشترى منهما سواء أكان حسن النية أم سئ النية .

كمـا يمكـن رفعها على الحائز العرضى ، ولايجوز له التخلى عـن حـيازة الشـئ لحائزه القانونى، ثم الدفع بعدم قبول الدعوى لانعدام صفته ، لأن مركز الطرفين في الدعوى يتحدد نهائيا بإيداع صـحيفتها قلـم الكتاب ، وإنما عليه أن يدخل في الدعوى الشخص الذى يحوز هو الشئ لحسابه .

بـل يجـوز رفع الدعوى على من يكون قد تخلص من حيازته للشئ بطريق الغش ليفلت من رفع الدعوى عليه [١].

وفـى العمل لا يرفع المالك دعوى استحقاق على الحائز ، لأن بـطء الإجـراءات في هذه الدعوى يسمح للحائز بإخفاء المنقول ، وإنمـا يلجأ المالك إلى الحجز التحفظى باعتباره مالكا للمنقول وهو في يد الغير ، وهذه حالة من الحالات التى يجوز فيها توقيع الحجز الـتحفظى . وإجراءات الحجز التحفظى سريعة ، وتتخذ عادة دون علم الحائز فإذا ما وقع الحجز على المنقول أصبح لا يمكن إخفاؤه ، وبعد ذلك ترفع دعوى تثبيت الحجز . وفى هذه الدعوى يثار النزاع من حيث الموضوع ، فتحل في العمل محل دعوى الاستحقاق[٢].

---

(١) محمد كامل مرسى ص ٤٥٠- السنهورى ص ١٥٧٨- المستشار أحمد على حسن ص ٢٥٠ .

(٢) السنهورى ص ١٥٨٢ هامش (١)- المستشار على أحمد حسن ص٢٥١.

٢٨٧- إثبات السرقة أو الضياع :

يقـــع علـــى عاتق المالك إثبات حيازته للشيء ، ويمكنه الإثبات بكافـــة الطرق القانونية . وعليه أيضا أن يثبت السرقة أو الضياع. ويمكـــنه إثبات ذلك بالبينة والقرائن مهما كانت قيمة الشيء ، وذلك لأنـــه كان مستحيلا عليه أن يحصل على كتابة تثبت الواقعة المراد إثباتها (١).

٢٨٨- عدم التزام المسترد بأداء عوض للحائز :

إذا توافـــرت شروط دعوى الاسترداد التزم الحائز برد الشيء إلـــى مالكه ، وليس له مطالبته بثمة عوض ، وإنما له الرجوع على من تلقى منه المنقول المسروق أو الضائع بضمان الاستحقاق وهذا الـــرجوع ينشأ عن العقد المبرم بينهما والتزم الضمان في حالة نزع المنقول .

ويـــرجع الحائز بالضمان سواء كان من تلقى منه المنقول حسن النـــية أم ســـئ النية ، وإن كانت مسئوليته في الحالة الأخيرة تكون أشد (٢).

---

(١) محمد كامل مرسى ص ٤٥٠.

(٢) محمـــد كامل مرسى ص ٤٥٢ – السنهورى ص ١٥٨٥ – عبد المنعم الصده ص ٦٩٩ – محمد وحيد الدين سوار ص ٧٠٢ .

٢٨٩ـ التغيير الحاصل في الشيء :

إذا حصـــل تغيير في الشيء المسروق أو الضائع ، وسواء كان ذلك بالزيادة أو النقصان ، فإن هذا التغيير لايمنع استرداده ، ولكن علـــى المـــالك المسترد أن يعوض الحائز الحالى عن الزيادة التى حصلت بسبب التغيير (١).

٢٩٠ـ استهلاك المنقول :

إذا كـــان الشيء المسروق أو الضائع من الأشياء التى تستهلك كالمـــأكولات والمشـــروبات ، فاستهلكها الحائز حسن النية ، فليس للمـــالك الـــرجوع علـــيه بثمـــنها ما لم يكن قد ارتكب خطأ يوجب مســـئوليته ، فيلتزم بأن يدفع للمالك ما يوازى قيمته تعويضا له عن الضرر الذى سببه بخطئه وإهماله (٢).

---

(١) محمد كامل مرسى ص ٤٥٢ .

(٢) محمـــد كامل مرسى ص ٤٥٢ – السنهورى ص ١٥٨٥ هامش (١)- المستشـــار محمـــد عـــبد اللطـــيف ص ٤٨٦- وهناك رأى يرى جواز الـــرجوع علـــى الحائز حسن النية بثمن المنقول الذى استهلكه بدعوى الإثـــراء بلا سبب فقد اغتنى على حساب المالك ، إلا أنه يرد على ذلك بـــأن حق المالك في استرداد المنقول عينا من يد الحائز حسن النية هو حـــق استثنائى ورد على خلاف قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية ، فـــإذا استهلك المنقول ، أصبحت دعوى الاسترداد غير جائزة القبول ، ولايـــبقى إذن أمام المالك سوى الرجوع على الحائز بالدعوى الشخصية وهـــى دعوى التعويض ، وهذه يشترط لقبولها توافر الخطأ أو الإهمال (المستشـــار محمـــد عـــبد اللطيف ص ٤٨٦ – السنهورى ص ١٥٨٥ هامش (١))

٢٩١ـ حق الحائز في تقاضي الثمن الذى دفعه من المالك إذا كان قد اشترى الشئ بحسن نية في سوق أو مزاد علني أو ممن يتجر في مثله :

تنص الفقرة الثانية من المادة على أنه : " فإذا كان من يوجد الشيء المسروق أو الضائع في حيازته قد اشتراه بحسن نية في سوق أو مزاد علني أو اشتراه ممن يتجر في مثله ، فإن له أن يطلب ممن يسترد هذا الشيء أن يعجل له الثمن الذى دفعه " .

وهذا النص استثناء من القاعدة العامة التى تقضى بأنه إذا حكم للمدعى بالاستحقاق ، فإنه لايلزم بشيء في مواجهة الحائز حتى لو كان قد تلقى الحيازة بمقابل ، بل إن الحائز يلزم برد الشئ للمالك ، وتكون له دعوى الضمان ضد من باعه هذا الشئ وهو غير مالك له.

ولاشك أن النص المذكور يقلل من الفائدة العملية للاسترداد الذى يرفع على الحائز حسن النية خلال ثلاث السنوات ، لأن المسترد يرد بيد ما يتسلمه بالأخرى . ولذلك لايقدم على الاسترداد إلا إذا كان المنقول الضائع أو المسروق له أهمية خاصة لديه ، كما إذا كان تذكارا عائليا أو تذكارا اشتراه في أثناء السفر [١].

وقد حدا الشارع إلى تقرير هذا الاستثناء أمران :

---

(١) محمد كامل مرسى ص ٤٥٤.

الأمــر الأول : أن للمــنقولات وضع خاص يجعل من المتعذر على من يتعامل عليها التحقق من ملكيتها .

الأمــر الثانى : توطيد الثقة في الأسواق التجارية حتى لايتعطل تداول المنقولات ، فمن يشترى المنقول بحسن نية في سوق أو مزاد علــنى أو ممن يتجر في مثله جدير بحماية الشارع وأولى بالرعاية مــن المــالك ، لأن هــذه الأماكــن هى التى يتم فيها عادة تداول المنقول(١).

٢٩٢ـ هل يستفيد من الاستثناء غير المشترى ؟

يذهب رأى في الفقه إلى أن نص الفقرة الأولى من المادة ٩٧٧ مدنـــى صــريح في إلزام مسترد المنقول بأن يدفع للمشترى الثمن الــذى دفعه دون النص على إلزامه بأن يؤدى قيمة الدين المضمون بالرهن ، ومن ثم لايستفيد الدائن المرتهن من النص المذكور ، لأن النص استثناء من القواعد العامة ، فيجب عدم التوسع في تفسيره(٢).

بينما ذهب رأى آخر إلى أن الدائن المرتهن رهنا حيازيا لمنقول مسروق أو ضائع يعامل معاملة المنقول ، إذ نصت المادة ١١١٨ مدنى على أن " ١- الأحكام المتعلقة بالآثار التى تترتب على حيازة المنقولات المادية والسندات التى لحاملها تسرى على رهن المنقول.

---

(١) محمــد على عرفه ص ٢٢٢- السنهورى ص ١٥٨٦- المستشار على أحمد حسن ص ٢٥٣ .

(٢) المستشار على أحمد حسن ص ٢٥٣- محمد على عرفه ص ٢٢٢.

٢- وبوجه خاص يكون للمرتهن إذا كان حسن النية أن يتمسك بحقـه فـي الرهـن ، ولو كان الراهن لايملك التصرف في الشئ المـرهون.." وأنه لذلك إذا رهن غير المالك المنقول لمرتهن رهن حـيازة حسـن النية يعتقد أن الراهن هو مالك المنقول ، فإن للدائن المرتهـن أن يتمسك بهذا الرهن وأن يحتج به على مالك المنقول . فـإذا كـان المنقول مسروقا أو ضائعا ، واسترده المالك في خلال ثـلاث سنوات من وقت السرقة أو الضياع ، فإنه يسترده خاليا من حـق الرهـن بالرغم من أن الدائن المرتهن حسن النية . فإذا كان الدائـن المرتهـن قـد ارتهـن المنقول من شخص يتعامل في مثل المنقول ، فليس للمالك أن يسترد المنقول خاليا من الرهن إلا بعد أن يعجل للدائن المرتهن الدين الذى له المضمون بالرهن وما يتبع هذا الديـن مـن مصـروفات وفوائد بعد استنزال ما يقابل المدة الباقية لحلـول الدين من الفوائد بالسعر القانونى أو بالسعر الاتفاقى بحسب الأحوال (١).

ونرى الأخذ بالرأى الثانى .

٢٩٣ـ شرطا استرداد الحائز الثمن الذى دفعه :

يشـترط لاسـترداد الحائـز الثمن الذى دفعه من المالك توافر شرطين :

الشـرط الأول : أن يكـون الحائز قد اشترى المنقول من سوق عام أو مزاد علنى أو ممن يتجر في مثله .

---

(١) السنهورى ص ١٥٨٩ وما بعدها – محمد كامل مرسى ص ٤٥٧.

الشرط الثانى : أن يكون الحائز حسن النية .

ونتناول تفصيل الشرطين فى البند التالى .

٢٩٤ـ مضمون الشرطين :

نكـرنا أن الشرط الأول للاسترداد أن يكون الحائز قد اشترى المنقول من سوق أو مزاد علنى أو من يتجر فى مثله .

والمـراد **بالسوق هنا** هو المكان المخصص لبيع السلع علنا ، كالبورصات والأسواق التى تعقد في المدن أو القرى أو في الأعياد والمواسم [١].

والمقصود باصطلاح "المزاد العلنى" كل بيع عام بالمزاد ، حتى ولـو لم يجر المزاد وفقا لإجراءات رسمها القانون . فيفيد من حكم تعجـيل الثمن من يشترى منقولات مسروقة أو ضائعة من مزادات خاصـة يجريها الأفراد ، طالما أنها متوافرة على شرط العلانية[٢]. ويؤيـد ذلـك مقارنة هذا النص بالمادة ٩٣٩ الذى يمنع الشفعة إذا حصـل البـيع بالمـزاد العلنى " وفقا لإجراءات رسمها القانون " فإسـقاط هـذه العبارة الأخيرة من المادة ٩٧٧ له دلالته الخاصة ، وهـى تعميم معنى المزاد العلنى وعدم قصره على ما يتم منه وفقا للإجراءات المرسومة في قانون المرافعات أو أى قانون آخر[٣].

كما يستوى أن يكون مزادا قضائيا أو مزادا إداريا [٤].

---

(١) محمـد كامل مرسى ص ٤٥٥ وما بعدها – المستشار على أحمد حسن ص ٢٥٣ .

(٢) محمد على عرفه ص ٢٢٢– السنهورى ص ١٥٨٧.

(٣) محمد على عرفه ص ٢٢٢ .

(٤) السنهورى ص ١٥٨٧ .

والمقصود بعبارة " من يتجر في مثله " أى في مثل الشئ محل الحيازة ، التاجر الذى يتجر في أشياء من جنس الشئ المسروق أو الضائع .

ويجب أن يكون البائع تاجرا حقيقيا ، فلا يكفى أن يعتقد المشترى أنه تعامل مع تاجر .

إلا أنه لايشترط أن يكون التاجر مرخصا له بالاتجار في مثل الشئ ، بل يكفى أن يكون قد اعتاد الاتجار فيه بشكل ظاهر وفى مكان مناسب [١].

وفى هذا قضت محكمة النقض ـ الدائرة الجنائية ـ بأن :

" إن القانون يشترط في الشخص الذى يتجر في مثل الشئ المسروق أو الضائع في معنى الفقرة الثانية من المادة ٩٧٧ من القانون المدنى ، أن يتجر فيه حقيقة ، ولا يكفى أن يظهر البائع بمظهر التاجر أو يعتقد المشترى أنه يتعامل مع تاجر " .

(طعن رقم ١٠٣٠ لسنة ٢٤ ق جلسة ١٩٥٥/١/١١)

٢- " يشترط قانونا في الشخص الذى يتجر في مثل الشئ المسروق أو الضائع في معنى الفقرة الثانية من المادة ٩٧٧ من القانون المدنى أن يتجر فيه حقيقة ولا يكفى أن يظهر البائع بمظهر التاجر أو أن يعتقد المشترى أنه يتعامل مع تاجر ، وتقدير

---

(١) المستشار محمد عبد اللطيف ص ١٨٩ .

الاحـــتراف بالـــتجارة أو الاتجار بمثل الشئ المسروق أو الضائع مسألة يترك الفصل فيها لمحكمة الموضوع " .

(نقض جنائى طعن رقم ١٣٥٩ لسنة ٣٠ق جلسة ١٩٦١/٤/١٨)

ويعتـــبر صـــاحب الجراج ممن يتجر في السيارات المستعملة والجديـــدة ، مـــتى كـــان العرف قد استقر على ذلك بين أصحاب الجراجات الذين يقيمون في نفس المنطقة [١].

ولا يـــتوافر هذا الوصف في الوسيط ، حتى لو ثبت أنه يتوسط عادة في التعامل على مثل الشئ المسروق أو الضائع [٢].

ويذهب رأى إلى أن المصرف إذا باع سندات لحاملها مسروقة أو ضائعة فإنه لايعتبر ممن يتجر في مثل هذه الأشياء [٣]، ويستثنى بعض أنصار هذا الرأى من ذلك أذونات الخزانة العامة [٤].

بيـــنما ذهب رأى آخر – نؤيده – إلى أن المصرف يعتبر ممن يـــتجر في مثل هذه الأوراق بعد أن استقر العرف زمنا طويلا على أن المصارف تتعامل في الأوراق المالية [٥].

ويعتبر سمسار البورصة ممن يتجر في الأوراق المالية [٦].

---

(١) المستشار محمد عبد اللطيف ص ٤٨٩ هامش (١) .
(٢) محمد على عرفه ص ٢٢٣– المستشار على أحمد حسن ص ٢٥٣.
(٣) السنهورى ص ١٥٨٧– محمد كامل مرسى ص ٤٥٦ .
(٤) السنهورى ص ١٥٨٧ هامش (٤) .
(٥) المستشار محمد عبد اللطيف ص ٤٨٩.
(٦) السنهورى ص ١٥٨٧ وهامش (٤) – محمد على عرفه ص ٢٢٣ .

ولايكفي أن يكون الحائز ممن يتجر عادة في الشئ ، فالصائغ الذى يشترى من أحد الأفراد حلية مسروقة ، لايجوز له مطالبة المالك بثمنها عند الحكم له باستحقاقها ، إذ العبرة بتوافر وصف الاتجار في مثل الشئ في البائع لا في الحائز.

أما الشرط الثانى وهو أن يكون الحائز حسن النية ، فإنه لايكفي في الحائز الذى يطالب المسترد بأداء الثمن الذى دفعه أن يكون قد اشترى المنقول المسروق أو الضائع في أحد الأمكنة سالفة الذكر، بل يجب أن يكون مستندا في حيازته للمنقول إلى سبب صحيح مقرون بحسن النية . بمعنى أنه يشترط أن يكون حيازته قد توافرت فيها جميع الشرائط التى تخول له التذرع بقاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية .

ويبنى على ذلك أنه لايجوز للمشترى سئ النية الذى تلقى حيازة المنقول ممن يتجر في مثله أو من سوق عام أو مزاد علنى أن يطلب من المسترد أن يؤدى له الثمن الذى دفعه ، لأن سوء النية هنا يجعله ضالعا في الإثم مع السارق أو واجد الشئ ، وحتى في غير حالتى السرقة أو الضياع فإنه لايجوز للحائز سئ النية أن يتملك المنقول بالحيازة فهو ملزم قانونا بأن يرده إلى المالك الحقيقى لأنه يحوزه بدون وجه حق (١).

---

(١) المستشار محمد عبد اللطيف ص ٤٩٠ .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" الـنص في الفقرة الأولى من المادة ٩٦٥ من القانون المدنى علـى أنـه " يعد حسن النية من يحوز الحق وهو يجهل أنه يعتدى علـى حق الغير إلا إذا كان هذا الجهل ناشئا عن خطأ جسيم" وفى المـادة ٩٧٧ على أنه "يجوز لمالك المنقول أو السند لحامله إذا فقده أو سرق منه أن يسترده ممن يكون حائزا له بحسن نية ... فإذا كان مـن يوجد الشئ المسروق أو الضائع في حيازته قد اشتراه بحسن نـية في سوق أو في مزاد علنى أو اشتراه ممن يتجر في مثله، فإن لـه أن يطلب ممن يسترد هذا الشئ أن يعجل له الثمن الذى دفعه"- يـدل على أن حق حائز الشئ المسروق في أن يطلب ممن يسترده منه أن يعجل له الثمن الذى دفعه رهين بأن يكون هذا الحائز حسن النـية ، وأن مناط اعتباره كذلك أن يجهل أنه يعتدى بحيازته على حـق الغـير ، وألا يكـون جهله هذا ناشئا عن خطأ جسيم ، وإلا وجب اعتباره سيئ النية وامتنع عليه حق المطالبة بتعجيل ما يكون قد دفعه من ثمن " .

(طعن رقم ٥٦١ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٨٦/١٢/١٩)

٢٩٥ـ عبء الإثبات :

يقع على عاتق الحائز إذا أراد أن يسترد ثمن المنقول ، أن يثبت أنـه اشـتراه في سوق أو مزاد علنى أو ممن يتجر في مثله . وله إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات القانونية بما فيها البينة والقرائن .

وقد تناولنا فيما سلف كيفية إثبات الحيازة وحسن نية الحائز .

٢٩٦ـ حق المشترى في حبس المنقول حتى يوفى إليه الثمن:

تنص الفقرة الأولى من المادة ١/٢٤٦ مدنى بأن : " لكل من التزم بأداء شئ أن يمتنع عن الوفاء به مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام ترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتبط به أو مادام الدائن لم يقم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا ". ومن ثم فإن يجوز للحائز حسن النية أن يحبس الشئ حتى يستوفى الثمن المستحق له وكافة المصاريف الواجبة قانونا [١].

٢٩٧ـ عناصر الثمن :

يلتزم المالك المسترد بأن يؤدى للحائز الثمن الذى دفعه والمصروفات الرسمية، والمصروفات الضرورية بتمامها (م١/٩٨٠ مدنى) والمصروفات النافعة بالتفصيل المنصوص عليه بالمادتين ٩٢٤ ، ٩٢٥ مدنى .

(أنظر شرح هذه المواد) .

أما المصروفات الكمالية فلا يلزم المالك بأدائها (م ٣/٩٨٠ مدنى) .

كذلك لايلزم المالك بأن يؤدى للمشترى فوائد الثمن المستحق لأنها في مقابل انتفاعه بالمنقول [٢].

---

(١) محمد كامل مرسى ص ٤٦٠ – رمضان أبو السعود ص ٤٨٧ .

(٢) محمد كامل مرسى ص ٤٥٩ – السنهورى ص ١٥٨٨ – المستشار محمد عبد اللطيف ص ٤٩١ .

والثمـــن الـــذى يؤديه المالك، هو الثمن الذى اشترى به الحائز الأخير المنقول ما لم يكن هذا الثمن أعلى من الثمن الذى اشترى به سلفه الحائز الأول ، فلا يلزم المالك إلا برد الثمن الأقل [١].

٢٩٨ـ حق المالك في الرجوع بالثمن الذى دفعه :

إذا قـــام المـــالك بتعجـــيل الثمن للحائز حسن النية على النحو المـــتقدم، كان له أن يرجع بهذا الثمن على السارق أو على من عثر على المنقول أو من الحائز الذى تلقى المنقول من أيهما إذا كان سئ النية ، وذلك طبقا للقواعد العامة في المسئولية التقصيرية . فكل من هـــؤلاء قد ارتكب خطأ تقصيريا أدى إلى الإضرار بالمالك . ولكن لايجـــوز للمالك أن يرجع بالثمن الذى عجله على حائز سابق حسن النـــية ، حـــتى ولو لم يكن في استطاعته في الأصل التمسك بحكم المـــادة ٩٧٧ بفـــرض توجـــيه الدعوى إليه قبل تخلصه من حيازة المنقول [٢].

وقد ذهب بعض الشراح إلى جواز هذا الرجوع بحجة أن المالك لـــو كان قد رجع على هذا الحائز السابق لأمكنه أن يسترد المنقول دون أن يدفـــع شيئا . ويؤخذ على هذا النظر أنه إذا تصرف الحائز حســـن النية في المنقول فإن شروط الرجوع عليه لاسترداد المنقول

---

(١) المستشار محمد عبد اللطيف ص ٤٩٢ .

(٢) محمد على عرفه ص ٢٢٥ وما بعدها – رمضان أبو السعود ص ٤٨٧ ومابعدها – عبد المنعم الصده ص ٦٩٩ وما بعدها .

طـبقا لحكم المادة ٩٧٧ فقرة أولى مدنى تصبح غير متوفره . كما أنه لايمكن أن ينسب إليه خطأ وقد تلقى المنقول بحسن نية ثم باشر حقه في التصرف فيه .

كمـا يذهـب فريق آخر إلى جواز الرجوع على أساس الإثراء بـلا سبب ، وذلك بحجة أن المالك بدفعه الثمن قد أعفى البائع من دعوى الضمان التى كان يجوز للمشترى أن يرجع بها عليه لو أنه لم يقبض الثمن من المالك . ويلاحظ على هذا النظر أيضا أن إثراء الحائـز السـابق له سـبب ، وهـو البيع الصادر منه إلى الحائز الحالى[1].

٢٩٩ـ دعوى الاستحقاق ضد الحائز سىء النية :

يتضـح صـراحة مـن نص المادتين ٩٧٦، ٩٧٧ مدنى أنهما لاتنطـبقان إلا على حائز المنقول حسن النية ، ومن ثم فلا يقبل من الحائز سئ النية ، ومن باب أولى من السارق أو العاثر على الشئ الضـائع ، أن يحـتج لا بقاعدة " الحيازة في المنقول سند الحائز" ، ولا بالاسـتثناء الـوارد علـيها في حالة السرقة أو الضياع والذى يقضـى بسـقوط دعـوى المالك في استرداد المنقول بمضى ثلاث سنوات من تاريخ السرقة أو الضياع .

(١) عبد المنعم الصده ص ٧٠٠ – محمد على عرفه ص ٢٢٤ وما بعدها.

ولذلك يجوز للمالك أن يسترد المنقول من السارق أو العاثر أو أى حائـــز ســـئ النية دون تقيد بأحكام القاعدة ولا بمستثنياتها ومن المتفق عليه أيضا أن الدعوى التى يرفعها المالك في هذه الحالات هى دعوى الاستحقاق .

وهــذه الدعــوى لاتســقط بالتقادم حيث تقرر المادة ٣٧٤ من القــانون المدنـــى أن الالــتزام وحده هو الذى يتقادم بمضى خمس عشــرة سنة، ومن ثم فلا يسقط بالتقادم إلا الدعوى الشخصية التى تستمد وجودها من حق شخصى . أما دعوى الاستحقاق التى تحمى حق الملكية، فهى لاتسقط بالتقادم مهما طالت مدته .

لكن يمكن أن تدفع الدعوى بالتقادم المكسب إذا توافرت شروط الحــيازة القانونية ،وذلك لأن المادة ٩٦٨ مدنى صريحة في أن هذا الــتقادم يؤدى إلى كسب ملكية العقار والمنقول على حد سواء مما يجــيز لحائـــز المنقول ولو كان سئ النية أن يتمسك بتملكه بالتقادم الطويل المستند إلى حيازته قانونية أى بعنصريها المادى والمعنوى وخالــية من عيوب الحيازة ، وبخاصة من عيب الخفاء وهو عيب كثــيرا مـــا يشوب حيازة السارق لأنه يعمد عادة إلى إخفاء الشئ ، ومـــن ثـــم فإن المنقول يتم تملكه بالتقادم المكسب الطويل ولايجوز استرداده بعد ذلك (١).

---

(١) الســنهورى ص ١٥٧٨ – عــبد المنعم الصده ص ٦٩٧– محمد وحيد الدين سوار ص ٧٠١ .

وفـيما يـتعلق بالشـئ الضائع يجب على من يعثر عليه اتباع الأحكـام الـتى نص عليها الأمر العالى الصادر في ١٨ مايو سنة ١٨٩٨ (بشـأن العـثور على الشئ أو الحيوان الضائع ورده إلى صـاحبه أو التبلـيغ عـنه) المعدل بالمادة ٣٢١ مكررا من قانون العقوبات المضافة بالقانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٨٢) .

وتقضى المادة الأخيرة بأن من يعثر على شئ أو حيوان فاقد ولم يـرده إلى صاحبه متى تيسر ذلك أو لم يسلمه إلى مقر الشرطة أو جهة الإدارة خلال ثلاثة أيام يعاقب بالحبس مع الشغل مدة لاتجاوز سنتين إذا احتبسه بنية تملكه . أما إذا احتبسه بعد انقضاء تلك الفترة بغير نية التملك فتكون العقوبة الغرامة التى لاتجاوز مائة جنيه .

غـير أنـه إذا ثبت أن من عثر على الشئ الضائع قد احتفظ به بنية تملكه ، سواء كانت هذه النية معاصرة لوقت عثوره على الشئ أو وجدت بعد ذلك ، فإنه يكون في حكم السارق . ويستطيع المالك بدعـوى الاستحقاق أن يسترد الشئ منه كما يسترده من السارق ، ولـو بعـد انقضـاء ثلاث سنوات من وقت الضياع ، أو حتى بعد انقضاء خمس عشرة سنة لأن دعوى الاستحقاق لا تسقط بالتقادم – كمـا ذكـرنا– ولكـن يستطيع من عثر على الشئ ، كما يستطيع السـارق أن يمتلك المنقول الضائع بالتقادم المكسب الطويل إذا ظل حائزا له مدة خمس عشرة سنة بنية التملك وكانت حيازته خالية من العيوب .

وإذا تجــرد الســارق أو العاثــر عن الشئ فإنه لايمكن توجيه دعــوى الاســتحقاق إليه طالما أن المنقول ليس في حيازته ، وإنما يجــوز توجــيه دعــوى الاسترداد الشخصية إليه ، وهذه الدعوى تخضــع بطبيعة الحال لحكم المادة ٣٧٤ مدنى فتسقط بمضى خمس عشرة سنة من وقت السرقة أو الضياع [١].

(١) محمد على عرفه ص ٢٢٨ .

تملك الثمار بالحيازة :

مــادة (٩٧٨)

١- يكسب الحائز ما يقبضه من ثمار مادام حسن النية .

٢- والــثمار الطبيعــية أو المستحدثة تعتبر مقبوضة من يوم فصلها ، أما الثمار المدنية فتعتبر مقبوضة يوما فيوما .

الشرح

٣٠٠ـ المقصود بالثمار :

الــثمار هــى كــل ما يخرجه الشئ من غلة في أوقات دورية منــتظمة دون انقطاع ، من غير تغيير أو نقص في جوهر الشئ ، تبعا لتخصيصه المعتاد واستعماله فيما أعد له .

فالثمار تتميز بصفتين :

الأولى : أنها تتولد في مواعيد دورية ، أى أنها تتجدد عادة في أوقــات منتظمة دون انقطاع فتعتبر موردا دوريا متجددا يعتمد عليه الشخص في مواجهة ضرورات الحياة اليومية . وإن كان لايشترط في الدورية أن تكون على مواعيد متقاربة .

والثانــية : أن تكــون لها صفة خاصة في تكوينها فلا تؤثر أو تغــير أو تنقص من طبيعة الشئ الذى أنتجها . وإن كان ذلك ليس بالخصيصة المطلقة ، فلا شك أن المزروعات تعتبر ثمارا رغم أنها تــؤدى بمــرور الزمــن إلى استنفاد خصوبة الأرض . ومن ناحية

أخـــرى، مـــن المسلم أنه إذا أعد الشئ إعدادا خاصا للاستغلال من شـــأنه تمكين المالك من الحصول على إيراد دورى متجدد ، فإن ما ينـــتج عن هذا الشئ في هذه المواعيد الدورية يعتبر ثمارا ولو كان مـــن شأنه المساس- إلى حد ما - بجوهر الشئ . ومثل ذلك إعداد الأرض لقطـــع ما في جوفها من أحجار ، أو إعداد الغابة لقطع ما بها من أشجار بصفة دورية [١].

٣٠١ـ أنواع الثمار :

تذكر المادة ٩٧٨ مدنى في فقرتها الثانية ثلاثة أنواع من الثمار هى :

الثمار الطبيعية والثمار المستحدثة والثمار المدنية .

والـــثمار الطبيعة (fruits naturels) هى التى تتولد عن الشئ بفعـــل الطبـــيعة وحدهـــا ولا دخـــل للإنسان فيها ومثل ذلك الطلأ والأعشـــاب التى تنبت في الأرض دون تدخل من الإنسان ، ونتاج المواشى [٢].

---

(١) الســـنهورى ص ١٦٠٦ ومـــا بعدهـــا - محمـــد على عرفه ص ١٩٠ ومابعدها - عبد المنعم الصده ص ٧٠١ - محمد لبيب شنب - الدكتور اسماعيل غانم الحقوق العينية الأصلية الجزء الأول حق الملكية ١٩٥٩ ص ٤٨ ومابعدها .

(٢) يرى أغلب الفقه أن نتاج المواشى من الثمار الطبيعة (محمد على عرفه ص ١٩٠- منصـــور مصطفى منصور ص ٢٩- عبـــد المنعم الصده

والثمار المستحدثة أو الصناعية (industriels) :

هى التى يكون للإنسان يد في إنتاجها ، كالمحصولات الزراعية وعسـل الـنحل وحريـر دود القز وخشب الأشجار إذا كانت معدة للقطع على وجه دورى منتظم . إذ يرجع الفضل في إنمائها للزارع الذى تعهدها بالرى والسماد .

والـثمار الطبـيعة والثمار المستحدثة (الصناعية) توصف بأنها ثمار عينية أو مادية ،

والثمار المدنية (civils) :

هـى مـا يغلـه الشئ من دخل نقدى يلتزم به الغير في مقابل اسـتفادته من منافع الشئ كأجرة المنازل والأرض المؤجرة وفوائد النقود المقترضة وفوائد الأسهم والسندات .

ومـا تدفعـه مصـلحة المناجم والمحاجر لصاحب الأرض من الإيجار لقاء استغلال المنجم أو المحجر (١).

ص ٢٨- محمـد وحـيد الدين سوار ص ١٧٥ – المستشار محمد عبد اللطـيف ص ٥٠١) – بيـنما يذهـب الدكتور السنهورى ص ١٦٠٧ ومابعدهـا إلى أن نتاج المواشى يعتبر من المنتجات لا من الثمار ، لأنه إذا كان لاينتقص من الأصل إلا أنه غير دورى .

(١) السنهورى ص ١٦٠٨ وما بعدها – عبد المنعم الصده ص ٢٨ – محمد على عمران ص ٢٠٢ هامش (١) .

٣٠٢ـ المنتجات (produits) :

المنـتجات أو الحاصـلات ، هـى المنتجات الطارئة أى غير الدورية التى تقتطع من ذات الشئ وتنتقص من أصله .

وتتميز المنتجات بصفتين هما :

الأولى : أنها غير دورية ولا متجددة ، بل تخرج من الشئ في أوقات متقطعة غير منتظمة .

الثانـية : أنها تنتقص من قيمة الشئ . ومثل ذلك الأشجار التى تقطـع من الغابات والمعادن التى تستخرج من المناجم أو الأحجار الـتى تقـتطع مـن المحاجر ، إلا أنه إذا أعدت الغابات والمناجم والمحاجـر إعدادا خاصا من شأنه تمكين المالك من الحصول على دخـل دورى ، فإن ما ينتج منها يعد ثمارا ولو ترتب على أخذه الانتقاص من أصل الشئ [(١)].

وتعتـبر أقساط الإيراد المرتب مدى الحياة من المنتجات لا من الـثمار لأنها تنتقص من الأصل إلى أن ينفد بموت صاحب الإيراد وذلـك بالـرغم من أن الأقساط دورية متجددة . أما أقساط الإيراد الدائم فهى ثمار لأنها دورية متجددة ولا تنتقص من الأصل ، شأنها في ذلك شأن فوائد رؤوس الأموال والأسهم والسندات [(٢)].

---

(١) منصور مصطفى منصور ص ٢٨ .

(٢) السنهورى ص ١٦٠٧ .

٣٠٢ـ رعاية الحائز حسن النية :

رأينا أن الحائز قد يتملك الشئ الذى يحوزه أو يكسب عليه حقا عينيا ، إما بالتقادم ، وإما بمقتضى قاعدة " الحيازة في المنقول سند الملكية " ، فإذا تملك الحائز الشئ أو كسب عليه حقا يخول صاحبه الثمار كحق الانتفاع ، فلا محل للكلام عن أثر الحيازة في تملك الثمار لأن الحائز يتملك الثمار عندئذ ، باعتباره مالكا أو صاحب حق .

أما إذا لم تؤد الحيازة إلى كسب الحق الذى يحوزه الحائز ، واسترد المالك الشئ ، فمقتضى القواعد العامة في الملكية أن تكون الثمار التى أنتجها الشئ أثناء حيازة الحائز له ومنذ بدء الحيازة من حق المالك عملا بالمادة ٨٠٤ مدنى التى تقضى بأن " لمالك الشئ الحق في كل ثماره ومنتجاته وملحقاتة ما لم يوجد نص او اتفاق يخالف ذلك " وبالتالى يلتزم الحائز بأن يرد للمالك ما قبضه من ثمار .

إلا أن القانون خرج على هذه القاعدة الأصلية في جعل ملكية الثمار تابعة لملكية الأصل الذى ينتجها وفقا لحكم المادة ٨٠٤ مدنى المذكورة ، فجعل للحائز حسن النية الحق في تملك ثمار الشئ محل الحيازة ولو لم يكسب الحائز بها ملكية هذا الشئ ، فإذا التزم الحائز

لملك الغير أن يرد الشئ إلى مالكه ، فإنه لايلتزم برد ما قبضه من ثمـــار هــذا الشئ . وبهذا الاستثناء يكون المشرع قد رجح مصلحة الحائــز الــذى قــبض الثمار وهو حسن النية يعتقد أن له الحق في قبضها ، على مصلحة المالك الذى يسترد ملكه ، خاصة أن الغالب أن يكون الحائز قد استهلك ما قبضه من ثمار باعتبارها دخلا دوريا متجددا، فيكون في رده لها إرهاق له ، رغم أنه معذور في تصرفه، فحسن نيته يعنى أنه لايعزى إليه خطأ ما .

وتملــيك الــثمار للحائــز حسن النية كان حكما مأخوذا به في القــانون الرومانى رغم أن هذا القانون لم يكن يعرف قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية[١].

٣٠٤ـ شروط تملك الثمار بالحيازة :

يشترط لتملك الحائز الثمار بالحيازة ، توافر الشروط الآتية :

الشرط الأول :

الحيــازة :

يشــترط لــتملك الحائز الثمار بالحيازة ، أن يكون حائزا للشئ حيازة قانونية ، أى حيازة تتوافر لها الركنان المادى والمعنوى .

---

(١) منصور مصطفى منصور ص ٤٥٠ وما بعدها – جميل الشرقاوى ص ٣٤٠ وما بعدها .

حيث يجب أن يكون الحائز حائزا للشئ بنية التملك ، أو يكون حائزا لحق عينى على الشئ يخوله الحق في الثمار كحق الانتفاع أو الاستعمال .

ويجـب أن تكـون الحـيازة بريئة من العيوب ، وهى الإكراه والخفاء واللبس .

الشــرط الثانــى :

قبض الثمــار :

وهــذا الشرط واضح من نص الفقرة الأولى من المادة (٩٧٨) الـتى تقضى بأن : " يكسب الحائز ما يقبضه من ثمار مادام حسن النية " .

فــإذا أنتجـت ثمــار عن الشئ محل الحيازة ، ولكن الحائز لم يقبضها ، فإنه لايكسبها. فالقانون يعفيه من ردما قبضه من الثمار ، ولا يجعل له حقا على كل الثمار التى تنتج من الشئ ما قبضه منها وما لم يقبضه ولو كان حسن النية.

ويســتوى أن يكــون الحائز قد استهلكها أم لم يستهلكها ، لأن القانون لم يفرق بين الحالتين .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" قد لا تكسب الحيازة الملكية ولكنها تحدث آثارا أخرى . فهى إذا كانــت مقترنة بحسن النية تكسب الثمار . وتعتبر الثمار مكسوبة

من وقت قبضها إذا كانت غير مدنية . فإن كانت مدنية فإنها تكسب يوما فيوما حتى لو عجلت أو تأخر دفعها .... إلخ " (١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " النص في الفقرة الأولى من المادة ٩٧٨ من التقنين المدنى على أن " يكسب الحائز ما يقبض من ثمار مادام حسن النية ". يدل علـــى أن مناط كسب الحائز ملكية الثمار أن يكون حسن النية وقت قـــبض الـــثمار. فإذا أثبت المالك أن الحائز كان يعلم في أى وقت بعـــيوب سند حيازته أو أثبت أنه أعلنه بدعوى بأحقيته أو باسترداده للعين أو ثمارها لم يتملك الحائز الثمار التى يقبضها من وقت علمه بـــتلك العيوب أو إعلانه بهذه الدعوى إذ يعتبر من هذا الوقت سئ النية . لما كان ذلك ، وكان الحكم الصادر بتاريخ ١٩٧٩/٥/٢٩ قد أقام قضاءه برفض طلب إلزام الحائز بالتعويض على أنه كان حسن النـــية عند إقامته للطابقين محل النزاع – لاعتقاده بأن له الحق في إقامـــتهما اســـتنادا إلـــى العقـــد الصادر له من المالك – فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى مع ذلك بإلزامه بالريع منذ حصول البيع إليه حـــتى تـــاريخ الحكـــم دون التحقق من تاريخ انقطاع حسن النية أو

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ ٦ ص ٥١٨ .

إعلانه بدعوى أحقية المالك أو استرداده للعين أو ثمارها ، يكون قد أخطأ في تطبيق القانون ".

(طعن رقم ١٦٧٢ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٨/١/١٤)

وقصر الإعفاء من الرد على الثمار المقبوضة ، يتفق مع أساس هـــذا الإعفـــاء وهـــو تجنب تحمل الحائز بالالتزام برد ما يفترض القانون أن الحائز أنفقه على معيشته (١).

ولأهمية القبض في تملك الثمار ، عنى الشارع بتحديد معناه في نـــص الفقرة الثانية من المادة ٩٧٨ فقضت بأن الثمار الطبيعية أو المستحدثة تعتبر مقبوضة من يوم فصلها ، أما الثمار المدنية فتعتبر مقبوضة يوما فيوما .

فمعـــنى القبض يختلف باختلاف نوع الثمار ، فالثمار الطبيعية مـــثل الكـــلأ والأعشاب ، والثمار المستحدثة كالحاصلات الزراعية وعسل النحل تعد مقبوضة من يوم فصلها عن الشئ الأصلى برعى الكـــلأ أو الأعشـــاب أو حصـــاد المحصول .... الخ و حيازتها ، ولايشترط أن يستهلكها الحائز أو ينقلها من مكانها . أما الثمار التى لم يتم جنيها أو فصلها فهى للمالك الحقيقى وليس للحائزحق عليها . ولكـــن يلزم المالك – أن يؤدى للحائز حسن النية المصروفات التى أنفقها مقابل استرداد الثمار .

---

(١) جميل الشرقاوى ٣٤٢ .

ويذهـــب رأى بأنـــه يجـــب أن يكون جنى الثمار بفعل الحائز وإرادته ، فإذا تم فصلها بحادث جبرى فيلزم بردها إلى المالك [١]، ويذهـــب رأى آخـــر – نؤيده– إلى أن النص صريح في أن الثمار تعتـــبر مقبوضة من يوم فصلها ، فلا معنى إذن للتفرقة بين الثمار التى تم فصلها بفعل الحائز وبين التى تم فصلها بحادث جبرى كفعل الرياح أو هطول الأمطار[٢].

كذلك لايشترط أن يكون الحائز هو الذى غرس الثمار بل يكفى أن تكون قائمة عند بدء وضع اليد .

أما الثمار المدنية ، كالأجرة المستحقة عن تأجير الشئ والأرباح الـــتى تغلهـــا الأســـهم ، فإنها تعد مقبوضة يوما فيوما ، أى تعتبر مقبوضة بمجرد استحقاقها ، دون أن يلزم لاعتبارها كذلك اقتضاؤها فعلا ممن يلتزم بها [٣].

ويبنى على ذلك أنه إذا كان الحائز قد حصل الثمار المدنية عن المدة السابقة على مدة وضع يده فيلزم بردها إلى المالك ، كما يلزم برد الثمار التى قبضها مقدما عن المدة المستقبلة [٤].

---

(١) محمد كامل مرسى ص ٤٨٣ وما بعدها .
(٢) المستشار محمد عبد اللطيف ص ٥١٣ وما بعدها .
(٣) جمـــيل الشرقاوى ص ٣٤٢ وما بعدها – عبد المنعم الصده ص ٧٠٤ وما بعدها .
(٤) المستشار محمد عبد اللطيف ص ٥١٤ .

الشرط الثالث :

حسن النيـــة :

يشترط لكسب الثمار بالحيازة أن يكون الحائز حسن النية .

وحســن النــية هــنا يختلف عن معناه الذى ذكرناه في التقادم المكسب القصير وفى تملك المنقول بالحيازة .

فحسن النية في الحالتين الأخيرتين يعنى جهل الحائز بأنه تعامل مع غير المالك . أما علمه بالعيوب الأخرى التى تشوب السند الذى تلقــى به العين من غير المالك فلا يؤثر في حسن نيته . فقد يكون عالمـــا بأن هذا السند قابل للإبطال أو قابل للنقض ، ومع ذلك يبقى حسن النية مادام يعتقد أن من تلقى منه العين هو المالك لها .

أما في تملك الثمار فمعناه جهل الحائز بعيوب سنده جميعا ، أيا كانت هذه العيوب .

فقد يكون تعامل مع غير المالك ، فإذا جهل ذلك واعتقد أن من تلقى منه العين هو المالك ، فهو حسن النية إذا لم يكن السند تشوبه عــيوب أخــرى . فإن كانت عيوب أخرى تشوبه ، وجب أن يكون جاهلا لهذه العيوب أيضا حتى يكون حسن النية . فإذا كان قد تعامل مـــع المـــالك ، وكان سنده مشوبا بعيب ، كأنه كان باطلا أو قابلا للإبطال أو قابلا للنقض ، وجب أن يكون جاهلا بالعيب حتى يكون حسن النية .

فحســن النية هنا معناه إذن أن يعتقد الحائز أنه يملك العين التى أنتجت هذه الثمار ملكا صحيحا لاتشوبه شائبة ، وأن ملكية العين قد انتقلت إليه من مالكها انتقالا صحيحا باتا ، فأصبح هو مالكا للعين ، وتبعا لذلك أصبح مالكا للثمار[1] .

وقد أخذت بهذا الرأى محكمة النقض في حكم لها غير منشور بـتاريخ ١٩/١ /١٩٨٧ في الطعن رقم ١٠٦١ لسنة ٥١ ق جاء به :

" الحائــز – وعلــى ما جرى به نص المادة ٩٧٨ من القانون المدنى– يتملك الثمار بقبضها إذا كان حسن النية بأن يعتقد أنه يملك العيــن الــتى انتجت الثمار ملكا صحيحا لا تشوبه شائبة وأن ملكية

(١) الســنهورى ص ١٥٩٩ ومــا بعدها – محمد على عمران ص ٢٠١– محمــود جمال الدين زكى ص ٥٤٣– رمضان أبو السعود ص ٤٩٧– محمد على عرفه ص ١٩٤ وما بعدها – وعكس ذلك عبد المنعم الصده ص ٧٠٣ – محمد لبيب شنب ص ٢٠٦ وما بعدها – منصور مصطفى منصور ص ٤٥١ وما بعدها – جميل الشرقاوى ص ٣٤٣– محمد وحيد الديــن ســوار ص ٧٠٦، فيرون أن المقصود بحسن النية ، هو المعنى المــراد في التقادم الخمسى وتملك المنقول بالحيازة يعتبر الحائز حسن النية إذا كان يجهل أنه يعتدى على حق الغير ، إلا إذا كان الجهل ناشئا عــن خطأ جسيم (م ١/٩٦٥) أى إذا كان يعتقد أنه مالك الشئ أو أن له علــيه حقا يخوله الحصول على الثمار وذلك ما لم يكن هذا الاعتقاد أو ذلــك الجهــل ناشئا عن خطأ جسيم . ويعد الحائز سئ النية إذا كان قد اغتصب الحيازة بالإكراه من غيره (م ٢/٩٦٦ مدنى) .

العيـــن قــد انتقلـــت إليه من مالكها انتقالا صحيحا باتا ، وكان من المقرر- في قضاء هذه المحكمة- أن حسن النية مفترض دائما لدى الحائــز إلى أن يقوم الدليل على العكس ، لما كان ذلك وكان الحكم المطعــون فــيه قــد ألزم الطاعنين بأداء ريع الحصة محل النزاع للمطعون ضدها الأولى المالكة عن مدة وضع يدهم ومورثهم عليها بموجــب العقد الصادر لهم من مورث المطعون ضدهم من الثانية للأخــيرة ودون أن يســتظهر سوء نيتهم وقت قبضهم للثمار ، فإنه يكــون معيــبا بالقصــور بمــا يوجب نقضه نقضا جزئيا في هذا الخصوص ".

وحســن النــية يجب تقديره بالنسبة للحائز شخصيا ، فيجوز له اكتســاب الثمار حتى ولو كان مورثه سئ النية . وعلى عكس ذلك يلزم الحائز سئ النية برد الثمار حتى ولو كان مورثه حسن النية.

أمــا فــي حالة التقادم الخمسى المكسب ، فإن وضع يد الخلف العــام يعتبر استمرارا لوضع يد السلف ، فإذا كان السلف يستند في وضع يده إلى سبب صحيح مقرون بحسن النية ، جاز للخلف العام أن يكتســب الملكية بالتقادم الخمسى حتى ولو كان سئ النية ، لأن العبرة بحسن نية السلف وقت تلقى الحق [١].

---

(١) المستشار محمد عبد اللطيف ص ٥١٦ .

٣٠٥ـ الوقت الذى يجب أن يتوافر فيه حسن النية :

يجب أن يتوافر حسن النية في الوقت الذى يقبض فيه الحائز الثمار ، فإذا توالى قبضه للثمار وجب أن يكون حسن النية في كل مرة يقبض فيها الثمار ، ذلك أن المادة ١/٩٧٨ تقضى بأن " يكسب الحائز ما يقبضه من ثمار مادام حسن النية " . فلا يكفى أن يكون الحائزحسن النية وقت تلقى الحق كما هو الحكم في التقادم الخمسى، ولا يكفى أن يكون حسن النية وقت بدء الحيازة كما هو الحكم في تملك المنقول بالحيازة . بل يجب أن يكون حسن النية وقت قبض الثمار . ومقتضى هذا ألا يكسب الحائز من الثمار إلا تلك التى يكون حسن النية وقت قبضها . فإذا صار سئ النية فلا يصح له الحق في الثمار التى يقبضها بعد ذلك (١).

٣٠٦ ـ إثبات حسن النيـة :

حسن النية يفترض توافره لدى الحائز ، ما لم يقم الدليل على عكس ذلك ، طبقا للقاعدة العامة المنصوص عليها بالفقرة الثالثة من المادة ٩٦٥ مدنى . فإذا كان السند الذى تلقى به الحائز العين يشوبه عيب ، لم يكلف الحائز بإثبات أنه يجهل هذا العيب وقت

---

(١) السنهورى ص ١٦٠١ وما بعدها – عبد المنعم الصده ص ٧٣ – جميل الشرقاوى ص ٣٤٤.

قبض الثمار، بل على المالك إذا أراد استرداد الثمار أن يثبت هو أن الحائز كان عالما بالعيب وقت القبض .

وطبقا للقواعد العامة تبقى الحيازة محتفظة بالصفة التى بدأت بها وقت كسبها ما لم يقم الدليل على عكس ذلك (م٩٦٧ مدنى) فإذا ثبت أن الحيازة بدأت بسوء نية ، فإن الحائز حين يتمسك بكسب الثمار بالحيازة لايفترض توافر حسن النية لديه ، بل يتعين عليه حينئذ أن يقيم الدليل على أنه قد طرأ ما جعله حسن النية ، بأن ثبت مثلا أنه في أثناء الحيازة اشترى الشئ من شخص اعتقد أنه المالك الحقيقى [١].

وتعرف حقيقة نية وضع اليد عند البحث في تملك غلة العين الموجودة تحت يده هو مما يتعلق بموضوع الدعوى ويخضع لتقدير محكمة الموضوع ، ولا رقابة عليها في ذلك من محكمة النقض متى كان قضاؤها مبنيا على مقدمات من شأنها أن تؤدى إلى النتيجة التى انتهت إليها .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " إن تعرف حقيقة نية واضع اليد عند البحث في تملك غلة العين الموجودة تحت يده هو مما يتعلق بموضوع الدعوى ، فمن سلطة محكمة الموضوع وحدها تقديره . ولا رقابة لمحكمة النقض

---

(١) عبد المنعم الصده ص ٧٠٣ وما بعدها .

علـيها في ذلك متى كان قضاؤها مبنيا على مقدمات من شأنها أن تؤدى إلى النتيجة التى انتهت إليها . فإذا كان الحكم قد أسس انتفاء حســن النــية لدى واضع اليد (وزارة الأوقاف) على علمها بحجج الوقــف جميعا ، وعلى ما كان منها من الإكتفاء بقول موظف لديها في شأنها هذه الحجج ، وعلى وضع يدها على الوقف المتنازع عليه واستغلالها إياه بصفتها ناظرة دون أن تستصدر بهذه النظارة حكما مــن جهــة القضاء ، فلا سبيل للجدل في هذا التقدير لدى محكمة النقض ".

(طعن رقم ٢٧ لسنة ١٢ ق جلسة ١٩٤٣/١/٢٨)

٢- " بحســب المحكمة أن تبين في حكمها الحقيقة التى اقتنعت بهــا ولوردت دلــيلها وهــى بعد غير ملزمة أن تتبع الخصوم في مناحى أقوالهم ومختلف حججهم وأن ترد استقلالا على كل قول أو حجــة أثاروهــا فــي دفاعهم فإذا كانت المحكمة قد نفت حسن نية الطاعــنة في قبض ما قبضته من ريع حصة في وقف بما قالته من أن هــذه الطاعــنة لــم تنكر أنها كانت خصما في النزاع على هذا الاســتحقاق وأنها حضرت الجلسات التى نظرت فيها الدعوى بشأن هــذا النزاع حتى انتهى بحكم نهائى ، وأن الحكم الذى استندت إليه فــي بيان حسن نيتها لا قيمة له فى هذا الصدد لصدوره بعد الحكم الفاصــل فــي الاستحقاق الذى كان متنازعا عليه ، فضلا عن أن

محكمـــة النقض قد قضت بإلغائه فزال بذلك كل ما يترتب عليه من آثـــار ، فذلـــك كـــاف لحمل ما قضت به من انتفاء حسن النية ولا مخالفة فيه القانون " .

(طعنان رقما ١٢٥ لسنة١٩ ق، ٣٧ لسنة٢٠ق جلسة٣/١/١٩٥٢)

٣- " المقـــرر في قضاء هذه المحكمة أن حسن النية يفترض دائما ما لم يقم الدليل على العكس ، وأن لقاضى الموضوع السلطة الـــتامة فـــي استخلاص حسن النية وسوئها من مظانها في الدعوى وممـــا يستشـــفه من ظروفها وملابساتها متى كان استخلاصه سائغا ومستندا إلى وقائع ثابتة بالأوراق ".

(طعون رقم ١٠٢٦، ١١٣٠، ١١٧٩ لسنة ٦٠ ق جلسة ٢٦/١/١٩٩٢)

٤- " المقـــرر فـــي قضـــاء هذه المحكمة أن تعرف حقيقة نية واضـــع اليد عند البحث في تملك غلة العين الموجودة تحت يده هو مـــن مســـائل الواقـــع الـــتى تخضـــع فـــي تقديرها لسلطة محكمة الموضوع".

(طعن رقم ١٨١٣ لسنة ٥٧ ق جلسة ٢١/١/١٩٩٣)

٣٠٧ـ عدم اشتراط السبب الصحيح :

لم تشترط النصوص أن تكون الحيازة مستندة إلى سبب صحيح. والفقـــه يذهـــب إلى أن القانون لم يستلزم لتملك الحائز للثمار سوى شـــرط حسن النية . ولكن يلاحظ أن معنى حسن النية ، وهو اعتقاد

الحائـــز أنه صاحب حق في الثمار ، يقتضى أن يقوم هذا الاعتقاد مســتندا إلى سبب قانونى يجعل له ملكية الشئ محل الحيازة ، أو ينشئ له حقا في ثماره . أى أن حسن النية لايتصور إلا مع اعتقاد الحائز أن لديه سببا صحيحا . ولكن عدم قيام توافر السبب الصحيح شــرطا مستقلا لكسب الثمار يجعل الاعتقاد في وجود السبب مجرد عنصــر مــن عناصر حسن النية . ولذلك لايلزم توافر هذا السبب علـــى المعنى الذى رأيناه في كسب الملكية. فالمهم أن يعتقد الحائز أنـــه يملـــك العيـــن التى أنتجت الثمار بأى سبب من أسباب كسب الملكية ، وأن يعتقد أن هذه الملكية لا شائبة فيها ، ولا أهمية للسبب الذى يعتقد الحائز أن ملكية العين قد انتقلت إليه بموجبه . فقد يكون هـــذا السبب تصرفا ناقلا للملكية كالبيع والوصية ، صادرا من غير مـــالك أو صـــادرا مـــن المـــالك أو يكون تصرفا كاشفا عن الحق كالصـــلح أو القســـمة . وقد يكون السبب واقعة مادية كالميراث ، ســـواء كـــان الـــوارث وارثـــا فعلا أو غير وارث مادام يعتقد أنه وارث[1].

---

(١) السنهورى ص ١٦٠٠ – عبد المنعم الصده ص ٧٠٤ .

مــادة (٩٧٩)

يكــون الحائز سئ النية مسئولا من وقت أن يصبح سئ النية عــن جمــيع الثمار التى يقبضها والتى قصر في قبضها غير أنه يجوز أن يسترد ما أنفقه فى إنتاج هذه الثمار .

الشــرح

٣٠٨ ـ متى يعتبر الحائز سئ النيـة ؟

رأيــنا أن حســن نية الحائز شرط تملكه الثمار . فإذا ما أصبح ســئ النية ، زال حقه في الثمار ، ويكون مسئولا عن جميع الثمار الــتى يقبضها والتى قصر في قبضها ، إذ أنها تكون في هذه الحالة من حق المالك .

ويصبح الحائز سئ النية ويزول حقه في تلك الثمار التى قبضها في حالتين .

الحالة الأولى :

مــن الوقت الذى يعلم فيه الحائز أن حيازته اعتداء على حق الغير.

رأيــنا أن حسن النية لدى الحائز شرط يجب توافره عند قبض الــثمار لــتملكه هذه الثمار بالحيازة . ومن ثم تزول حسن نيته من الوقــت الذى يعلم فيه أن حيازته اعتداء على حق الغير ، وأنه ليس له ثمة حق في هذه الحيازة .

وعلـــى هذا نصت الفقرة الأولى من المادة ٩٦٦ مدنى بقولها : "لاتزول صفة حسن النية لدى الحائز إلا من الوقت الذى يصبح فيه عالما أن حيازته اعتداء على حق الغير ".

وذلـــك على خلاف ما ذكرناه في التقادم الخمسى ، إذا أن سوء النـــية الطارئ أثناء سريان هذا التقادم لايحول دون كسب الحق به عند تمامه (١).

الحالة الثانية :

من وقت إعلان الحائز بعيوب حيازته في صحيفة دعوى :

وقد نصت على هذه الحالة المادة ٩٦٦ مدنى بقولها : " ويزول حســـن النـــية مـــن وقت إعلان الحائز بعيوب حيازته في صحيفة الدعوى .... إلخ " .

والدعوى التى يرفعها المالك على الحائز حسن النية فيجعله سئ النـــية ، يغلـــب أن تكون دعوى استحقاق يطالب فيها المالك الحائز بالعيـــن وثمارهـــا ، غـــير أنه يصح أن تكون دعوى استرداد غير المســـتحق (م ١٨٥ مدنى)، أو تكون دعوى استرداد الثمار مستقلة عن العين نفسها .

---

(١) عـــبد المنعم الصده ص ٧٠٦- المستشار على أحمد حسن ص ٢٦١- جميل الشرقاوى ص ٣٤٤.

والحائز يعتبر سئ النية من تاريخ إعلانه بصحيفة الدعوى ، حتى لو ظل الحائز بعد ذلك معتقدا أنه حسن النية أثناء نظر الدعوى، لأن الحكم الذى يصدر في الدعوى يرتد إلى تاريخ رفعها ، بحيث لايترتب على البطء في إجراءات التقاضى الإضرار بالمالك[(١)].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " لا مخالفة للقانون في أن يعتبر الحكم الطاعنة سيئة النية في قبض ما قبضته من ريع حصة في وقف من تاريخ إعلانها بصحيفة الدعوى المقامة عليها من أحد الورثة ، إذ يكفى لتحقق سوء النية لديها علمها بالعيب اللاصق بسند استحقاقها ولو كان مصدر هذا العلم من كان يقاضيها وحده في الدعوى منكرا استحقاقها ومدعيا الاستحقاق لنفسه عن طريق مورثته وقضى له في دعواه دون أن يشترك معه فيها باقى المطعون عليهم " .

(طعن رقم ١٢٥ لسنة ١٩ ق، ٣٧ لسنة ٢٠ق جلسة ١٩٥٢/١/٣)

٢- " يعتبر الحائز سئ النية من الوقت الذى يعلم فيه بعيوب سند حيازته ، وهو يعتبر كذلك من تاريخ رفع الدعوى عليه في

---

(١) السنهورى ص ١٦١٦ وما بعدها - جميل الشرقاوى ص ٣٤٥ - محمود جمال الدين زكى ص ٥٤٤ .

خصـــوص استحقاق العقار لأن الحكم الذى يصدر في هذه الدعوى يستند إلى تاريخ رفعها " .

(طعن رقم ٢٣٥ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٤/٢/٦)

٣- " إنـــه وإن كـــان قـــرار لجنة الطعن المنصوص عليها في المادة ٥٠ من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ يعتبر وفقا للمادتين ٥٣ و ١٠١ من هذا القانون من القرارات الجائز تنفيذها مؤقتا ولو طعن فيه أمام المحكمة الابتدائية ، إلا أن تنفيذ الأحكام والقرارات الجائز تنفـيذها مؤقتا يجرى على مسئولية طالب التنفيذ لأن إباحة تنفيذها قبل أن تصبح نهائية وهو مجرد رخصة للمحكوم له إن شاء انتفع بها وإن شاء تربص حتى يحوز الحكم أو القرار قوة الشئ المحكوم فـــيه ، فإذا اختار استعمال هذه الرخصة وأقدم على تنفيذه وهو يعلم أنـــه معرض للإلغاء إذا ما طعن فيه فإنه يتحمل مخاطر هذا التنفيذ فإذا ألغى الحكم أو القرار المنفذ به بناء على الطعن فيه وجب على طالـــب التنفـــيذ بعـــد أن يثبت أن الحق ليس في جانبه أن يرد إلى خصـــمه الذى جرى التنفيذ ضده ما يكون قد استوفاه منه وأن يعيد الحـــال إلى ما كانت عليه قبل حصول التنفيذ ، كما يلتزم بتعويض الضرر الذى لحق هذا الخصم من جراء ذلك التنفيذ وتبعا لذلك يرد إلـــيه الـــثمار الـــتى حرم منها . ويعتبر الخصم سئ النية في حكم المادتين ١/١٨٥ و ٩٧٨ من القانون المدنى منذ إعلانه بالطعن في الحكـــم أو القرار المنفذ به لأن هذا الإعلان يتضمن معنى التكليف

بالحضور لسماع الحكم بإلغاء القرار أو الحكم المطعون فيه فيعتبر بمـــثابة إعـــلان للحائز بعيوب حيازته مما يزول به حسن نيته طبقا للمـــادة ٩٦٦ من القانون المدنى . ولما كانت مصلحة الضرائب قد أعلنت بالطعن في قرار لجنة الطعن قبل أن تباشر إجراءات التنفيذ الإدارى علـــى عقـــار المطعـــون ضده وأنه قضى في هذا الطعن بتخفـــيض الضريبة المستحقة على المطعون ضده فإنها تعتبر سيئة النـــية بالنسبة لما قبضته من ثمار ذلك العقار من تاريخ وضع يدها علـــيه بعد أن رسا مزاده عليها ، وتلتزم لذلك بريعه عن المدة من تـــاريخ هذا الاستلام إلى تاريخ رده إلى المطعون ضده ، وإذ كان الحكـــم المطعون فيه قد انتهى إلى هذه النتيجة فإنه لا يكون مخالفا للقانون".

(طعن رقم ١١٤ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٩/٣/٢٧)

غـــير أنـــه إذا حكـــم فـــي الدعـــوى التى يرفعها المالك بترك الخصـــومة أو سقوطها أو انقضائها أو باعتبارها كأن لم يكن ، أو بعـــدم قـــبولها ، ترتب على ذلك زوال كافة إجراءتها بما في ذلك صـــحيفة الدعوى، وتزول تبعا لذلك كافة الآثار القانونية المترتبة علـــيها . فـــإذا عـــاد المالك ورفع دعوى جديدة يطلب فيها الحكم بطلـــباته السابقة وقضى فيها لصالحه ، فلا يلزم الحائز برد الثمار إلا مـــن تـــاريخ إعلانـــه بصـــحيفة الدعوى الجديدة ، ما لم تتبين

المحكمة من الظروف والملابسات المحيطة بالدعوى ووقائعها زوال حسن نية الحائز من وقت إعلانه بالصحيفة الأولى [١].

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" الحائز وإن كان يعد سئ النية من الوقت الذى يعلم فيه بعيوب سـند حيازته ، وهو يعتبر كذلك من تاريخ إعلانه بذلك في صحيفة الدعوى تطبيقا لنص المادتين ٣/١٨٥، ٢/٩٦٦ من القانون المدنى ، إلا أنـه إذا مـا انتهت هذه الدعوى بالحكم بعدم قبولها لرفعها بغير الطـريق القـانونى فـإن الإثر المستمد من إعلان صحيفتها يزول ولايعتد به في مقام إثبات سوء النية " .

(طعنان رقما ٢٧٧ ، ٢٨٢ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٣/١/٢٠)

وكذلـك يكون الحكم حتى لو لم ترفع دعوى على الحائز حسن النـية ولكـن الحائـز يكون قد اغتصب الحيازة بالإكراه ، فيعامل معاملـة الحائـز سئ النية ، ولايتملك الثمار بالحيازة ويجب عليه ردها للمالك فيما لو تبين أنه هو غير مالك للعين [٢].

علـى أنـه وإن كانت صحيفة الدعوى تعد بمثابة قرينة قانونية قاطعـة على سوء نية الحائز بحيث يحاسب من وقتها عما يحصله مـن الثمار ، إلا أنه ليس له ثمة ما يحول دون إثبات أن سوء نيته

---

(١) المستشار محمد عبد اللطيف ص ٥١١ .

(٢) السنهورى ص ١٦١٦ وما بعدها .

سابق على تاريخ رفع الدعوى . وهو ما يستفاد من القاعدة العامة التى صدرت بها المادة ٩٦٦ مدنى حيث قررت أنه : "لا تزول صفة حسن النية لدى الحائز إلا من الوقت الذى يصبح فيه عالما أن حيازته اعتداء على حق الغير " فإذا أقام المدعى الدليل على سوء نية الحائز قبل رفع الدعوى ، وجبت محاسبته على الثمار من هذا التاريخ [١].

ويلاحظ أن هاتين الحالتين متميزتان . فالحالة الأولى تتضمن القاعدة في هذا الشأن ، حيث تكون العبرة بزوال حسن النية حقيقة. أما الحالة الثانية فيسرى حكمها حتى لو ظل الحائز حسن النية أثناء نظر الدعوى . فقد توجد لدى الحائز أسباب جدية تجعله يعتقد أنه صاحب حق رغم رفع الدعوى عليه ، فيظل حينئذ محتفظا بحسن نيته ، ومع ذلك يلزم برد الثمار التى يكون قد قبضها من يوم رفع الدعوى [٢].

٣٠٩ـ تقدير سوء النية مسألة موضوعية :

من المقرر أن تقدير سوء نية الحائز مسألة موضوعية لاتخضع لرقابة محكمة النقض ، إنما يتعين على القاضى أن يبين في حكمه

---

(١) محمد على عرفه ص ٢٠٠ وما بعدها .

(٢) عبد المنعم الصده ص ٧٠٦ – جميل الشرقاوى ص ٣٤٥ – محمود جمال الدين زكى ص ٥٤٤ .

الأسـباب التى أدت إلى امتناعه ، فإن أغفل ذلك كان حكمه متعين النقض لقصور أسبابه (١).

وللقاضى أن يعتبر مجرد الإنذار الصادر من المالك إلى واضع الـيد بتسـليم العين التى تحت يده سببا كافيا لاعتباره سئ النية إذا كانت القرائن المحيطة بالدعوى تؤيد صحة ذلك .

وإذا قضـى الحكـم بإلـزام الحائـز بـرد الثمار ، فليس من الضرورى أن ينص في أسباب الحكم صراحة على أن الحائز كان سـئ النـية ، بل يكفى أن يبين في أسباب الحكم أن الحائز لم يكن محقـا فـي الاسـتيلاء على الثمار وأنه حصل عليها بدون مسوغ قانونى (٢).

٣١٠- مسئولية الحائز سئ النية عن الثمـار :

إذا كـان الحائز سئ النية منذ بدء وضع يده على الشئ المنتج للـثمار ، أو كـان حسن النية عند بدء الحيازة ولكنه أصبح عالما بحقوق الغير عند قبض الثمار ، فإنه لايكسب ما يقبضه من ثمار ، ويلتزم برد ثمار الشئ إلى من له الحق فيها .

---

(١) محمد على عرفه ص ١٩٢ وما بعدها – المستشار محمد عبد اللطيف ص ٥١٢.

(٢) المستشار محمد عبد اللطيف ص ٥١٣ .

ومســئولية الحائــز ســئ النــية في مواجهة المالك عن الثمار لاتقتصر على رد ما قبضه منها ، بل تمتد إلى ما يعتبر مقصرا في قبضه ، فيلتزم به للمالك رغم أنه لم يحصل على شئ منه .

والحائز يرد الثمار التى جناها عينا إن كانت باقية ، أورد قيمتها إذا كان قد استهلكها أو تصرف فيها ، وكذا قيمة ما ضاع من الثمار بتقصــير منه ، وهى الثمار التى كان المالك يجنيها لو أن العين في حيازته . ويقدر القاضى قيمة هذه الثمار .

ويجــوز أيضــا إلــزام الحائــز بدفع فوائد قيمة الثمار بالسعر القــانونى مــن وقت قبضها إلى وقت رد القيمة إلى المالك ، وذلك على سبيل التعويض [١].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ... وإذا أصــبح الحائــز سئ النية وجب عليه رد الثمار بعد اســترداد نفقات إنتاجه من وقت أن أصبح سئ النية . وقد تقدم أنه يصبح سئ النية حتما من وقت رفع الدعوى "[٢].

---

(١) السنهورى ص ١٦٢٠ – جميل الشرقاوى ص ٣٤٥ ، ٣٤٦ هامش (١) – رمضان أبو السعود ص ٥٠٠ وما بعدها .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٦ ص ٥١٨ .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" مفـاد المادتيـن ٩٧٨، ٩٧٩ مـن القانون المدنى، أنه يتعين الـتفريق بيـن الحائز حسن النية والحائز سئ النية عند بحث تملك ثمـار العيـن التى يضع يده عليها ، فإن لكل حكما، فالثمرة وهى الريع تكون واجبة الرد إذا كان آخذها حائزا سئ النية ، أما إذا كان آخذها حائزا للعين واقترنت حيازته بحسن نية فلا رد للثمار ، وهو يكـون كذلك – على ما تقضى به المادة ٩٦٥ مدنى إذا كان جاهلا بما يشوب حيازته من عيوب ، فإن علم بها أو رفعت عليه الدعوى سـواء بأصل الحق أو المطالبة بالثمار فإنه يصبح سئ النية ويلتزم مـن هـذا التاريخ برد الثمار ، وهو ما تقضى به المادتان ١٨٥، ٩٦٦ من ذات القانون ، وإذ كان ذلك ، وكانت الطاعنة قد تمسكت في دفاعها بأن وضع يدها على أطيان النزاع كان بطريق الاستيلاء تحـت يـد زوجة شقيق المطعون ضده الخاضعة للقانون ٥٠ لسنة ١٩٦٩ والتى أقرت بملكيتها لها. وكان مؤدى هذا الدفاع حسن نيتها كحائزة للأطيان وما يترتب على ذلك من عدم التزامها برد ثمارها، وكـان الحكـم المطعون فيه قد ألزمها بالريع بوصفها غاصبة من تاريخ الاستيلاء حتى التسليم الفعلى للمطعون ضده ، دون أن يتفهم دفاعها ومرماه، مما حجبه عن استظهار ما إذا كانت وقت الاستيلاء علـى الأطـيان جاهلـة مـا يشوب حيازتها من عيب لعدم ملكية

المســتولى لديــه لهــا ، وما إذا كان حسن نيتها قد زايلها بمطالبة المطعــون ضده إياها باسترداد أرضه وأثر ذلك كله على التزامها برد الثمار " .

(طعــن رقــم ١٦٨٢ لسنة ٦٦ ق جلسة ٣٠/١١/١٩٩٨- لم ينشر بعد)

٣١١ـ كيفية استرداد المالك الثمار من الحائز سئ النيـة:

هناك طريقان لاسترداد المالك الثمار من الحائز سئ النية هما:

الطريق الأول :

استرداد الثمار مع العين برفع دعوى الاستحقاق :

يســترد المــالك الــثمار مــع العين – إذا شاء- برفع دعوى الاســتحقاق . وهذه الدعوى لاتسقط بالتقادم . غير أنه يجوز للحائز تملك العين بالتقادم الطويل ، فترفض دعوى المالك حينئذ .

الطريق الثانى :

استرداد المالك الثمار مستقلة عن العين :

يســتطيع المالك- إذا أراد- رفع دعوى باسترداد الثمار وحدها دون العيــن ، ويحصل ذلك عادة إذا كانت العين قد خرجت من يد الحائز .

وهذه الدعوى هى دعوى استحقاق ، ولاتسقط بالتقادم ، غير أنه يجــوز للحائز تملك الثمار بوضع اليد المدة الطويلة ، وهنا ترفض دعوى المالك .

وإذا كانــت الــثمار قد استهلكت أو كانت عبارة عن مبلغ من النقود ، فإنها تصبح دينا فى ذمة الحائز ولاتسقط إلا بمضى خمس عشــرة ســنة لأنهــا لاتعتبر من الحقوق الدورية المتجددة وهو ما سنعرض له في البند التالى .

٣١٢ـ سقوط المطالبة بالثمار بالتقادم الطويل :

إذا لم يلجأ المالك إلى دعوى الاستحقاق ، وطالب الحائز بثمار العين ، فإنه يكون مطالبا بريع العين . وقد نصت الفقرة الثانية من المــادة ٣٧٥ مدنــى على أن : " ولايسقط الريع المستحق في ذمة الحائــز ســئ النــية ، ولا الريع الواجب على ناظر الوقف أداؤه للمستحقين إلا بانقضاء خمس عشرة سنة " .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " الحقــوق الــتى تسقط المطالبة بها بمضى خمس سنوات مبيــنة فــي المادة ٢١١ من القانون المدنى وهى المرتبات والفوائد والمعاشات والأجر فما يجنيه الغاصب من غلة العين المغصوبة مما يعتــبر إلــزامه برده في مقام التعويض عن حرمان صاحبها منها لاتسقط المطالبة به بمضى هذه المدة " .

(طعن رقم ٦٤ لسنة ٧ ق جلسة ١٩٣٨/٢/١٧)

٢- " الـــتزام الحائـــز سئ النية برد الثمرات ليس من الحقوق الدوريـــة أو المتجددة التى تسقط بالتقادم الخمسى ومن ثم فلا يتقادم إلا بانقضـــاء خمس عشرة سنة طبقا للمادة ٣٧٥ من القانون المدنى الـــتى قننت ما كان مقررا في ظل القانون المدنى الملغى. فإذا كان الحكم المطعون فيه قد اعتبر الطاعنة سيئة النية في وضع يدها على جزء من " الأملاك العامة " بغير ترخيص ومسئولة بالتالى عن رد الـــثمرات- وأن الـــتزامها في هذا الصدد لايتقادم إلا بخمس عشرة سنة ، فلا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون " .

(طعن رقم ٥٣١ لسنة ٢٦ ق جلسة ١٩٦٢/٥/٢٤)

٣- إذا قضـــى الحكم المطعون فيه قبل الوزارة الطاعنة بريع الأرض الـــتى اســـتولت علـــيها دون اتباع الإجراءات التى يوجبها قانون نزع الملكية فإن الوزارة في هذه الحالة تعتبر في حكم الحائز ســـئ النـــية ولايسقط الريع المستحق في ذمتها إلا بانقضاء خمس عشـــرة سنة طبقا لما تنص عليه المادة ٢/٣٧٥ من القانون المدنى القائم التى قننت ما كان مستقرا عليه وجرى به قضاء هذه المحكمة في ظل التقنين الملغى وذلك على أساس أن التزام الحائز سئ النية بـــرد الثمرات لايعتبر من قبيل الديون الدورية المتجددة التى تتقادم بمضى خمس سنوات " .

(طعن رقم ٣٥١ لسنة ٣٢ ق جلسة ١٩٦٦/١٢/١٥)

٤- " تطبيق المادتين ٩٧٨ ، ٩٧٩ من القانون المدنى يقتضى حتما التفريق بين الحائز حسن النية والحائز سئ النية عند بحث تملك ثمار العين التى يضع يده عليها فإن لكل حكما ، فالثمرة وهى الريع تكون واجبة الرد إذا كان آخذها حائزا سئ النية والحق في المطالبة بها لايسقط إلا بالتقادم الطويل عملا بنص الفقرة الثانية من المادة ٣٧٥ من القانون المدنى ، أما إذا كان آخذها حائزا للعين واقترنت حيازته بحسن نية فلا رد للثمرة " .

(طعنان رقما ٢٧٧، ٢٨٢ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٣/١/٢)

٥- " تطبيق المادتين ٩٧٨، ٩٧٩ من القانون المدنى يقتضى حتما التفريق بين الحائز حسن النية والحائز سئ النية عند بحث تملك ثمار العين التى يضع يده عليها فإن لكل حكما ، فالثمرة وهى الريع واجبة الرد إذا كان آخذها حائزا سئ النية والحق في المطالبة بها لايسقط إلا بالتقادم الطويل عملا بنص الفقرة الثانية من المادة ٣٧٥ من القانون المدنى ، أما إذا كان آخذها حائزا للعين واقترنت حيازته بحسن نية فلا رد للثمرة " .

(طعن رقم ١٨١٣ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٩٣/١/٢١)

٣١٣ـ استرداد الحائز سئ النية ما أنفقه في إنتاج الثمار :

بعد أن نصت المادة ٩٧٩ مدنى على أن يكون الحائز سئ النية مسئولا من وقت أن يصبح سئ النية عن جميع الثمار التى يقبضها والتى قصر في قبضها أردفت " غير أنه يجوز أن يسترد ما أنفقه في إنتاج هذه الثمار ".

وعلى ذلك يلتزم المالك بأن يرد إلى الحائز سئ النية ما أنفقه في إنتاج الثمار . ويشمل ذلك أجر العمل وقيمة البذر ونفقات الأعمال التى قام بها الحائز للحصول على هذه الثمار . كذلك يرد المالك للحائز مصروفات الصيانة ، والتكاليف التى تثقل الثمار من ضرائب ورسوم وغيرها .

فالحائز إذن لا يرد للمالك إلا القيمة الصافية للثمار بعد استنزال المصروفات والتكاليف ، وإلا أثرى المالك على حساب الحائز[1].

ويجوز للحائز أن يطلب المقاصة بين ما هو مستحق عليه للمالك في مقابل الثمار التى قبضها وما هو مستحق له قبل هذا المالك في مقابل ما أنفقه في سبيل إنتاجها (م٣٦٢ مدنى) ، كما يجوز للحائز أن يحبس الثمار التى لم يستهلكها، مادام المالك لم يعرض الوفاء بما هو مستحق عليه بسبب إنتاج هذه الثمار ، أو مادام المالك لم يقدم تأمينا كافيا للوفاء بالتزامه هذا (م ٢٤٦ مدنى)[2].

---

(١) السنهورى ص ١٦٢٠- رمضان أبو السعود ص ٥٠١ .

(٢) محمد على عرفه ص ١٩٣ .

وجاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" وهـذه الأحكـام الهامة التى يوردها المشروع في وضوح تام نـراها في التقنين الحالى مخفية في ثنايا النصوص ، تستخلص من طـريق الاستنتاج العكسى في موضع لايتصور أن يكون من نطاق وجودهـا . فالمادة ٢٠٧/١٤٦ وهى تستعرض الحكم فيما إذا أخذ شخص شيئا ليس له وهو يعلم ذلك ، تنص على أنه يكون " مسئولا عن فقده وملزما بفوائده وريعه " . وقد استخلص من هذا النص أن الحائـز إذا كان سئ النية يكون مسئولا عن الفوائد والريع أى عن الـثمار ، فسينتج من مفهوم المخالفة أنه إذا كان حسن النية لايسأل عن الثمار ، ويخلص من كل ذلك أن الحائز حسن النية يملك الثمار بقبضها " (١).

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٦ ص ٥١٨ .

استرداد المصروفات :

مادة (٩٨٠)

١- على المالك الذى يرد إليه ملكه أن يؤدى إلى الحائز جميع ما أنفقه من المصروفات الضرورية .

٢- أما المصروفات النافعة فيسرى في شأنها أحكام المادتين ٩٢٤ ، ٩٢٥.

٣- فإذا كانت المصروفات كمالية فليس للحائز أن يطالب بشئ منها ، ومع ذلك يجوز أن ينزع ما استحدثه من منشآت على أن يعيد الشئ إلى حالته الأولى إلا إذا اختار المالك أن يستبقيها مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة .

الشرح

٣١٤- المصروفات المنصوص عليها بالمادة :

تتناول المادة المصروفات التى يلتزم المالك الذى استرد ملكه من الحائز بأدائها إلى الحائز ، سواء أكان هذا الحائز حسن النية أم سئ النية .

وهذه المصروفات لا شأن لها بما أنفقه الحائز في إنتاج الثمار، وإنما تخضع المصروفات الأخيرة للأحكام التى رأيناها في شأن تملك الثمار بالحيازة ، وهى الأحكام التى نصت عليها المادتان ٩٧٨، ٩٧٩ مدنى .

فالأمــر هنا يتعلق بمصروفات لا تنفق لاستحداث إنشاء جديد، ولاتنفق للاستغلال ، وإنما تنفق على الشئ ذاته محل الحيازة [١].

والمصروفات التى تناولتها المادة ثلاثة أنواع :

مصــــروفــات ضــــرورريــة ، ومصـــروفات نافعــــة ، ومصروفــات كمـــاليــة .

ونتناول هذه الأنواع الثلاثة فيما يلى .

١- المصروفات الضرورية :

تــنص الفقــرة الأولى من المادة على أن المالك الذى يرد إليه ملكــه علــيه أن يؤدى إلى الحائز جميع ما أنفقه من المصروفات الضرورية.

فالحائــز يســتحق قبل المالك المسترد كافة ما أنفقه على الشئ محل الحيازة من مصروفات ضرورية .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جــ ٦ ص ٥١٨ .

والمصـــروفات الضـــرورية هي المصروفات غير العادية التي يتعين إنفاقها للمحافظة على الشئ ، ويكون المالك مضطرا لإنفاقها لو أن الشئ بقى في حيازته . وإلا لهلك الشئ أو تلف . ومثل ذلك تقويـــة أساسات منزل وترميم سقف وإصلاح دورة مياه أو دفع دين يكفلـــه رهــن على العين ، أو مصروفات إنقاذ الشئ من الحريق. ولذلك يجب على المالك أن يؤدى إلى الحائز كل ما أنفقه منها حتى ولـــو كـــان الحائـــز ســـئ النية . ولذلك ليس بشرط أن تؤدى هذه المصروفات إلى الزيادة في قيمة الشئ [١].

٢- المصروفات النافعة :

تـــنص الفقرة الثانية من المادة ٩٨٠ مدنى على أن المصروفات الـــنافعة الـــتى أنفقها الحائز يسرى في شأنها أحكام المادتين ٩٢٤، ٩٢٥ .

والمصـــروفات النافعة ، هى المصروفات التى ينفقها الحائز لا للمحافظة على الشئ أو لإنقاذه من الهلاك، بل لتحسينه وزيادة قيمته والإكثار من طرق الانتفاع به كاستصلاح أرض أو إدخال الإضاءة الكهربائـــية ... الـــخ . وهذه المصروفات يسرى في شأنها أحكام المادتين ٩٢٤ ، ٩٢٥ مدنى والخاصة بأحكام الالتصاق . وسبق لنا شرح أحكام هاتين المادتين عند دراسة الالتصاق .

---

(١) عبد المنعم الصده ص ٧٠٩- رمضان أبو السعود ص ٥٠٢ .

ويعـــبارة موجـــزة فإن مؤدى أحكام هاتين المادتين التفرقة بين الحائـــز حسن النية والحائز سئ النية . فيلتزم المالك أن يرد للحائز حسن النية إما ما أنفقه فعلا على العين وإما مبلغا يساوى مازاد في ثمن العين نتيجة لما أنفقه .

ولكـــن له أن يطلـــب إلى الحائز سئ النية إزالة ما أحدثه ، أو اســـتبقاءه مقابل دفع قيمته مستحق الإزالة أو مقابل مبلغ يساوى ما زاد في قيمة العين بسببه .

٣- المصروفات الكمالية :

المصـــروفات الكمالـــية هى مصروفات لاتعود بنفع على العين ذاتهـــا ، ولكنها تنفق لتزيين العين وتجميلها على الوجه الذى يريده الحائز لاستمتاعه الشخصى . ومثل ذلك دهان جدران العين وعمل زخارف ونقوش وإنشاء نافورة بها .

وهـــذه المصـــروفات لايلتزم المالك بأن يؤدي شيئا منها للحائز حـــتى لوكـــان حســـن النـــية . غير أنه يجوز للحائز أن ينتزع ما اســـتحدثه مـــن منشآت التزين والتجميل ، على أن يعيد العين إلى حالتها الأولى وذلك على نفقته .

ولكـــن يجـــوز للمالك أن يطالب باستبقاء هذه المنشآت على أن يدفع للحائز قيمتها مستحقة الإزالة .

ويستطيع الحائز ، بوصفه دائنا بالتعويض المستحق له ، أن ينفذ علـــى الشئ . كما يحق له طبقا للقاعدة العامة في الحق في الحبس الـــتى نصت عليها المادة ٢٤٦ مدنى أن يحبس الشئ تحت يده حتى يستوفى ما هو مستحق له (١).

---

(١) محمـــد وحـــيد الدين سوار ص ٧١١- رمضان أبو السعود ص ٥٠٢ ومابعدها .

مــادة (٩٨١)

إذا تلقــى شــخص الحيازة من مالك أو حائز سابق وأثبت أنه أدى إلــى ســلفه مــا أنفــق من مصروفات فإن له أن يطالب بها المسترد .

الشــرح

٣١٥ـ المصــروفات الــتى أداهــا الحائــز الحــالى إلى الحائــز السابق :

إن الــتزام المـــالك بدفــع المصروفات وفق الحدود السابقة ، لايقتصـــر على المصروفات التى أنفقها الحائز الذى يرد الشئ إلى المـــالك . بـــل يشمل أيضا المصروفات التى دفعها هذا الحائز إلى حائـــز ســـابق سواء كانت ضرورية أو نافعة أو كمالية فإن الخلف يسترد ما أداه منها من المسترد . وتوجد دعوى مباشرة بين الحائز والمســترد فيســتطيع مطالبته مباشرة [١]. ويقع على الخلف عبء إثبات أنه أدى هذه المصروفات إلى السلف [٢].

---

(١) محمد كامل مرسى ص ٤٩٨ – جميل الشرقاوى ص ٣٤٨ .

(٢) رمضان أبو السعود ص ٥٠٣ .

مـــادة (٩٨٢)

يجــوز للقاضى بناء على طلب المالك أن يقرر ما يراه مناسبا للوفـــاء بالمصـــروفات المنصوص عليها في المادتين السابقتين . وله أن يقضى بـــأن يكون الوفاء على أقساط دوريـــة بشرط تقديم الضـــمانات اللازمـــة . وللمـــالك أن يتحلل من هذا الالتزام إذا هو عجــل مــبلغا يــوازى قيمة هذه الأقساط مخصوما منها فوائدها بالسعر القانونى لغاية مواعيد استحقاقها .

الشـــرح

٣١٦ـ تيسـيرات لـلمالك في الوفـاء بالمصـروفات المنصوص عليها بالمادتين ٩٨٠، ٩٨١ مدنى :

تقرر المادة ٩٨٢ مدنى تيسيرات للمالك في الوفاء بالمصروفات المنصوص عليها بالمادتين ٩٨٠ ، ٩٨١ مدنى .

وهذه المصروفات كما رأينا :

١- المصروفات الضرورية التى أنفقها الحائز على العين .

٢-المصـــروفات النافعة المستحقة للحائز طبقا للمادتين ٩٢٤، ٩٢٥.

٣- المصروفات الكمالية ، إذا اختار المالك استبقاءها مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة .

٤- المصروفات التى أداها الحائز إلى سلفه .

وتكــون هــذه التيسيرات بناء على طلب المالك ، فيجوز له أن يطلـــب من القاضى ما يراه مناسبا للوفاء بها ، كأن ينظره إلى أجل

أو يقضـــى بأن يكون الوفاء على أقساط دورية بشرط تقديم المالك الضمانات اللازمة .

وإذا قضــــى القاضـــى بأن يكون الوفاء على أقساط دورية فإن المـــالك يســـتطيع التحلل من الالتزام برد المصروفات بتعجيل مبلغ يـــوازى قـــيمة مايتبقى في ذمته من الأقساط مخصوما منه فوائدها بالســـعر القانونى لغاية مواعيد استحقاقها . فإذا قسط القاضى على المالك المبلغ الذى يجب عليه دفعه للحائز أقساطا سنوية خمسة مثلا مع تقديم الضمانات اللازمة ، ودفع المالك للحائز القسطين الأولين فـــي ميعاديهما ، ورأى المالك بعد ذلك أنه يستطيع أن يوفى الحائز الأقساط الثلاثة الباقية فورا ، فإن القانون يبيح له في هذه الحالة أن يعجل الحائز مبلغا يوازى قيمة الأقساط الثلاثة الباقية مخصوماً منه الفوائـــد بالسعر القانونى لغاية ميعاد استحقاق كل قسط منها ، وذلك في نظير التعجيل بالوفاء قبل ميعاد الاستحقاق [1].

---

(١) الســـنهورى ص ١٣٣٧- ويوضح سيادته ذلك بأن المشروع التمهيدى لنص المادة يقول في عبارته الأخيرة " وللمالك أن يتحلل من هذا الالتزام إذا هو وفى مالا توازى فوائده بالسعر القانونى قيمة هذه الأقساط ". فكان المشـــروع التمهـــيدى يقصـــد إلى أن المالك يجوز له أن يستعيض عن الـــتزامه بتقديم الضمانات اللازمة تقديم الضمان الأوفى ، وهو أن يقدم مـــالا يســـتطيع الحائـــز أن يسترد من فوائده بالسعر القانونى الأقساط المســـتحقة له ، حتى إذا ما استوفى الأقساط كلها رد المال إلى المالك . ولكـــن المشـــروع التمهيدى عدل في لجنة المراجعة ، فأصبحت العبارة

وإذا رأى القاضـــى أن ينظر المالك إلى أجل أو إلى آجال ينفذ فيها التزامه ، فلا يكون للحائز في هذه الحالة أن يحبس الشئ تحت يـــده لأن الحـــق في الحبس لايثبت إلا بناء على دين واجب الأداء حالا[1].

الأخـــيرة من المادة ٩٨٢ مدنى يجرى على الوجه الآتى : " وللمالك أن يـــتحلل مـــن هذا الالتزام ، إذا هو عجل مبلغا يوازى قيمة هذه الأقساط مخصـــوما منها فوائدها بالسعر القانونى لغاية مواعيد استحقاقها " فتغير معـــنى النص بهذا التعديل تغيرا جوهريا . وأصبح الالتزام الذى يتحلل مـــنه المالك ليس هو الالتزام بتقديم الضمانات اللازمة ، بل الالتزام برد المصروفات .

(١) محمود جمال الدين زكى ص ٥٤١- عبد المنعم الصده ص ٧١٠ .

المسئولية عن الهلاك :

مادة (٩٨٣)

١- إذا كان الحائز حسن النية وانتفع بالشئ وفقا لما يحسبه من حقه ، فلا يكون مسئولا قبل من هو ملزم برد الشئ إليه عن أي تعويض بسبب هذا الانتفاع .

٢- ولا يكون الحائز مسئولا عما يصيب الشئ من هلاك أو تلف إلا بقدر ما عاد عليه من فائدة ترتبت على هذا الهلاك أو التلف .

الشرح

٣١٧ـ مسئولية الحائز حسن النية عن تعويض المالك بسبب انتفاعه بالشئ :

إذا كان الحائز حسن النية فإنه ينتفع بالشئ كما ينتفع المالك بملكه ، فله أن يستعمله وأن يستغله ، ذلك أن الحائز حسن النية يعتقد أن الشئ مملوك له ، وإذا كان له أن يملك ثماره – على نحو ما سلف – فيكون له كذلك الانتفاع بالشئ كالمالك تماما .

ولايكـــون الحائز مسئولا قبل المالك عن أى تعويض بسبب هذا الانتفاع . وحتى لو هلك الشئ أو تلف بتقصير من الحائز فلا يكون مسئولا عنه مادام يحوزه بحسن نية معتقدا أنه مالكه [١].

ولكن إذا عادت على الحائز منفعة ترتبت على هلاك الشئ أو تلفه ، فإنه يسأل أمام المالك بقدر هذه المنفعة ، كأن يهلك الشئ أو يتلف بخطأ الغير، فيلتزم هذا الغير بالتعويض على أساس المسئولية التقصـــيرية ، أو يكون الشئ مؤمنا عليه فتلتزم شركة التأمين بدفع التعويض .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" إذا هلـــك الشـــئ في يد الحائز حسن النية ، فلا يكون مسئولا عـــنه مـــادام أنـــه كان يستغله وفقا لما يحسب أنه حق له . ولايرد للمالك إلا ما عاد عليه من فائدة بسبب هذا الهلاك أو التلف من مبلغ تأميـــن أو تعويـــض . ويتصل بهذا الحكم حكم من تسلم شيئا وهو حســـن النـــية وتصـــرف فيه بعوض ، فيجب أن يرد ما قبضه من عوض " [٢].

---

(١) عـــبد المـــنعم البدراوى ص ٧١١- جميل الشرقاوى ص ٣٤٨- محمد وحـــيد الدين سوار ص ٧١٣- رمضان أبو السعود ص ٥٠٤- وعكس ذلك السنهورى ص ١٣٤ – محمود جمال الدين زكى ص ٥٤٥.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ ٦ ص ٥٢٨٠ .

مــادة (٩٨٤)

إذا كان الحائز سئ النية فإنه يكون مسئولا عن هلاك الشئ أو تلفــه ولو كان ذلك ناشئا عن حادث مفاجئ ، إلا إذا ثبت أن الشئ كان يهلك أو يتلف ولو كان باقيا في يد من يستحقه .

الشـــرح .

٣١٨ـ مسئولية الحائز سئ النية عن هلاك الشئ أو تلفه :

ظاهر من النص أن المشرع قد قسا على الحائز سئ النية جزاء وفاقا على سوء نيته .

فهــذا الأخــير كما يسأل عن الثمار – كما رأينا سلفا – يسأل كذلك عن هلاك الشئ أو تلفه سواء كان الهلاك أو التلف بخطأ منه، وتــرجع مسئوليته إلى خطئه ، أو كان الهلاك بسبب أجنبى وبغير خطئه إذ ترجع مسئوليته هنا إلى أنه يكفى سوء نيته في حيازته .

أو كما تقول مذكرة المشروع التمهيدى :

" أما إذا كان الحائز سئ النية ، وهلك الشئ في يده ، ولو بسبب أجنــبى ، فإن الحيازة مع سوء النية تعتبر خطأ كافيا لجعله مسئولا عن هلاك الشئ ".

وعلى ذلك يلتزم الحائز سئ النية بأن يرد إلى المالك قيمة الشئ وقــت الهلاك أو الضياع أو التلف ، حتى لو زادت هذه القيمة عما

كانـــت علـــيه وقت المطالبة ، لأن الزيادة في القيمة تكون من حق المـــالك . مـــع ملاحظة أنه إذا كانت القيمة وقت المطالبة أكبر مما صـــارت عليه وقت الهلاك أو التلف أو الضياع ، فإن الحائز سئ النـــية يلـــتزم برد القيمة وقت المطالبة . والسبب في ذلك أن الفرق يعد ربحا قد فوته الحائز على المالك بتأخره في الرد ، حيث يشمل التعويض ما لحق المالك من خسارة وما فاته من كسب . وهذا كله دون إخـــلال بحق المالك في استرداد الشئ ولو تالفا ، مع حقه في الحصول على التعويض عما نقص في قيمة الشئ بسبب التلف [1].

٣١٩ـ دفع مسئولية الحائز سئ النية :

بعـــد أن نصـــت المـــادة ٩٨٤ مدنى في صدرها على مسئولية الحائز سئ النية أردفت في عجزها " إلا إذا ثبت أن الشئ كان يهلك أو يتلف ولو كان باقيا في يد من يستحقه ".

وعلـــى ذلـــك يستطيع الحائز سئ النية دفع مسئوليته عن هلاك الشـــئ أو تلفه، إذا أثبت أن الشئ كان يهلك أو يتلف لا محالة ولو كـــان باقيا في يد المالك ، شأنه في ذلك شأن المدين إذا هلك محل الالـــتزام في يده بعد إعذاره بتسليمه إذ تنص المادة ٢٠٧ مدنى في فقرتيها الأولى والثانية على أن :

---

(١) رمضان أبو السعود ص ٥٠٥ – عبد المنعم الصده ص ٧١٢ .

١- " إذا التزم المدين أن ينقل حقاً عينيا أو أن يقوم بعمل ، وتضمن التزامه أن يسلم شيئا ولم يقم بتسليمه بعد أن أعذر ، فإن هلاك الشئ يكون عليه ولو كان الهلاك قبل الإعذار على الدائن .

٢- ومع ذلك لا يكون الهلاك على المدين ، ولو أعذر ، إذا أثبت أن الشئ كان يهلك كذلك عند الدائن لو أنه سلم إليه ، ما لم يكن المدين قد قبل أن يتحمل تبعة الحوادث المفاجئة ".

على أن الشئ إذا كان مسروقا وهلك أو تلف أوضاع بأية صورة كانت ، فإن تبعة الهلاك تقع على السارق ، وذلك عملا بالفقرة الثالثة من المادة ٢٠٧ سالفة الذكر التى تقضى بأن : " على أن الشئ المسروق إذا هلك أوضاع بأية صورة كانت فإن تبعة الهلاك تقع على السارق " .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" على أن الحائز لايكون مسئولا إذا هو أثبت أن الشئ كان يهلك أو يتلف حتى لو كان باقيا في يد مستحقه ، شأنه في ذلك شأن المدين بتسليم شئ إذا كان قد أعذر (م٢٨٤ فقرة ٢) .على أن الحائز إذا كان قد سرق الشئ يكون مسئولا عن هلاكه حتى إذا تبين أن الشئ كان يهلك أيضا لو بقى في يد المالك (م ٢٨٤ فقرة ٣) [(١)].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٦ ص ٥٢٩ .

(الباب الثانى)
الحقوق المتفرعة عن حق الملكية
الفصل الأول
حق الانتفاع وحق الاستعمال وحق السكنى
١ـ حـــق الانتفـاع
مـــادة (٩٨٥)

١- حق الانتفاع يكسب بعمل قانونى أو بالشفعة أو بالتقادم .

٢- ويجـوز أن يوصـــى بحق الانتفاع لأشخاص متعاقبين إذا كانوا موجودين على قيد الحياة وقت الوصية ، كما يجوز للحمل المستكن .

الشـــرح

٣٢٠ـ تعريف حق الانتفاع :

لـــم يعـــرف التقنين المدنى الجديد – على خلاف التقنين المدنى القديم [١]– حق الانتفاع .

---

(١) كـــان التقنين المدنى القديم يعرف حق الانتفاع في المادة (٢٩/١٣) منه الـــتى نصت على أن : " الانتفاع هو حق للمنتفع في استعمال ملك الغير واستغلاله ".
وقـــد أخـــذ الـــبعض على هذا التعريف قصوره ، لأنه لم يبين خاصتين هامتين من خصائص حق الانتفاع ، وهما كونه حقا عينيا ومؤقتا ، على الأكثر بحياة المنتفع (الدكتور عبد المنعم البدراوى شرح القانون المدنى في الحقوق العينية الأصلية الطبعة الأولى ١٩٥٤ ص ٣٥٢) .

ويعرفه الفقه بأن الحق العينى المقرر لشخص على مال الغير والــذى يخول له استعماله واستغلاله لمدة معينة بحيث ينتهى حتما بوفاة المنتفع [1].

٣٢١ـ خصائص حق الانتفاع :

يتميز حق الانتفاع بعدة خصائص أهمها :

١- الانتفاع حق عينى :

فحق الانتفاع حق عينى وليس حقا شخصيا .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

البيــن من استعراض نصوص القانون المدنى في المواد ٩٨٥ إلــى ٩٩٥ مــنه أنــه اعتبر حق الانتفاع من الحقوق العينية وذلك بإدراجه في باب الحقوق المتفرعة عن حق الملكية ، وهو في نظر القــانون المصرى حق مالى قائم بذاته ولايعتبر من القيود الواردة علــى حق الملكية ، ومن ثم فإن حق الانتفاع باعتباره من الحقوق العينــية يخــول صاحبه استعمال الشئ واستغلاله بنفسه أو بواسطة غيره دون قيود بشرط ألا يتجاوز حق الرقبة ".

(طعن رقم ٢٦٢٧ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩٤/١١/٣)

---

(١) الدكتور إسماعيل غانم مذكرات في الحقوق العينية الأصلية الجزء الثانى ١٩٥٨ ص ٣- عــبد المنعم البدراوى ص ٢٥٢ - الدكتور محمد على عمــران الحقــوق العينية الأصلية في القانون المصرى صادر عن دار الاتحاد العربى للطباعة ص ٢٦٤ ومابعدها .

وهـذه الخاصـية كفـيلة بتمييز المنتفع عن المستأجر الذى له بمقتضـى عقـد الإيجار حق شخصى في الانتفاع بالعين المؤجرة يلـتزم به المؤجر فبالرغم من أن المستأجر يعد دائنا للمؤجر إلا أنه لا يسـتطيع الانتفاع بالعين المؤجرة إلا بواسطة المؤجر الذى يلتزم بتمكيـنه مـن الانـتفاع ، أما المنتفع فحقه يرد مباشرة على الشئ وبالـتالى يستطيع مباشرته دون وساطة أحد ، فلا يقع على المالك الـتزام بتمكيـن المنـتفع من الانتفاع وإنما حسبه أن يتركه ينتفع ولايـتعرض له ولا يلتزم إزاءه بشئ . وحق الانتفاع إذا ورد على عقـار فإنه يعد مالا عقاريا (مادة ١/٨٣ مدنى) ، على ذلك يخضع للشـهر وجـاز لذلـك أن يكـون محلا لحق رهن رسمى أو لحق اختصـاص ، ووجب أن يشهر السند الذى يقرره سواء كان بيعا أو هبة أو وصية . أما حق المستأجر فهو مال منقول حتى لو كان ورد على عقار (م ١/٨٣) ولذلك لم يجز رهنه رسميا ، ولا يلزم شهره إلا استثناء [١].

ونـزول المنـتفع عن حقه يعد نزولا عن حق عينى لايقتضى تدخل المالك ، وذلك بخلاف حق المستأجر .

ولمـا كـان الانتفاع حقا عينيا فإن لصاحبه حماية حقه بإحدى وسيلتين ، شأنه في ذلك شأن المالك تماما ، فله دعوى عينية لحماية

---

(١) الدكتور عبد المنعم البدراوى ص ٢٥٣ .

حقــه أســوة بدعوى الاستحقاق ، وتسمى عادة دعوى الاعتراف. وهذه الدعوى يصح أن ترفع على الكافة لكونها من الدعاوى العينية . ثــم إن للمنــتفع أيضا حماية يده على المال بدعوى الحيازة ذلك أن المنــتفع وإن لم يعتبر حائزا بالنسبة لملكية الشئ إلا أنه حائز لحق الانتفاع وله بناء على ذلك الحق في حماية حيازته هذه (١).

وحــق الانتفاع يخول لصاحبه سلطتى الاستعمال والاستغلال ، ومن ثم يظل لمالك الشئ أهم عناصر الملكية وهو التصرف ، وذلك لأنــه يظــل مالكــا للرقبة . فتقرير حق الانتفاع يؤدى إلى تجزئة عناصر الملكية . فيكون للمالك – مالك الرقبة – حق التصرف في الشــئ . أمــا المنــتفع فيكون له الاستعمال والاستغلال فقط ، دون التصــرف ، ولهذا يختلف حق المنتفع عن حق الشريك في الشيوع الــذى تكون له كل عناصر الملكية في حدود حصته . فصاحب حق الانتفاع لايوجد بينه وبين مالك الرقبة شيوع (٢).

٢- الانتفاع يرد على شئ مملوك للغير :

حــق الانــتفاع يــرد على شئ مملوك للغير ، فهو حق ارتفاق حقيقى ، ولذلك يطلق عليه أحيانا " حق الارتفاق الشخصى" لتمييزه عن حق الارتفاق العينى الذى يرتب على عقار لمصلحة عقار آخر

---

(١) الدكتور توفيق فرج الحقوق العينية الأصلية ١٩٨٣ ص ٣١٠ ومابعدها – عبد المنعم البدراوى ص ٢٥٣ .

(٢) توفيق فرج ص ٣١١.

مهما كان مالكه ، لا لمصلحة شخص معين ، كما هو الحال في حق الانتفاع .

وعلى ذلك فاستعمال المالك للشئ المملوك له واستغلاله لايعتبر مباشرة لحق انتفاع ، وإنما هو مباشرة لحق الملكية . ولذلك لايجوز للمالك ملكية تامة أن يرهن حق الانتفاع مستقلا عن ملكية الرقبة.

وإذا تقرر حق انتفاع لشخص على ملك غيره كان الشئ محملا بحقين مختلفى المضمون .

ولذلك فليس هناك شيوع بين المنتفع ومالك الرقبة ، وبالتالى فلا تتصـــور القسمة بينهما . غير أن حق الانتفاع ذاته قد يتقرر شائعا بيـــن عدة أشخاص ، فالشيوع لايقتصر على حق الملكية ، وإن كان الشيوع فيها هو الغالب (١).

٣- الانتفاع حق مؤقت :

حـــق الانـــتفاع مؤقـــت ، وقد نصت المادة ٩٩٣ مدنى – كما سنرى- على أن حق الانتفاع ينتهى بانقضاء الأجل المعين ، فإذا لم يعيـــن له أجـــل عد مقررا لحياة المنتفع ، وهو ينتهى على أى حال بموت المنتفع حتى قبل انقضاء الأجل .

---

(١) الدكتور محمد كامل مرسى الحقوق العينية الأصلية الجزء الثانى ١٣٦٨ هـــ - ١٩٤٩ م ص ٢٧٦ – اسماعيل غانم ص ٤ ومابعدها .

وصفة التأقيت هذه راجعة إلى طبيعة حق الانتفاع ذاته فهو حق متفرع عن حق الملكية ، تتجزأ فيه عناصر الملكية ، وتقرير حق انتفاع لشخص على شئ مملوك لغيره يوجد وضعا غير مرغوب فيه من الناحية الاقتصادية إذ يترتب عليه فرض قيود على استغلال الشئ ، فليس للمنفتع حرية مطلقة في الاستغلال كما سنرى ، أما مالك الرقبة فليس له الاستغلال أصلا ، ولذلك يندر أن يجد مالك الرقبة مشتريا لحقه ، وبذلك يؤدى حق الانتفاع إلى تعطيل تداول الأموال (١).

وتفريعا على ذلك فإن حق الانتفاع يسقط بعدم الاستعمال مدة خمس عشرة سنة (م ٩٩٥) كما سنرى .

٣٢٢ـ الأموال التى يرد عليها حق الانتفاع :

يرد حق الانتفاع على جميع الأموال عقارية أو منقولة ، أو موضوعها أشياء غير مادية ، متى كانت تخول لحائزها ميزات مادية أو معنوية .

فيجوز أن يكون العقار محلا لحق الانتفاع كالدور أو الأراضى الزراعية ، والحق العينى على عقار .

وكذلك يجوز أن يكون المنقول المعنوى كحق المؤلف وحق المخترع .

---

(١) اسماعيل غانم ص ٥- توفيق فرج ص ٣١٤ .

والأسهم والسندات وسائر القيم المنقولة التى ليست لحاملها .

كمـا يـرد حـق الانتفاع على مجموعات الأموال سواء كانت قانونـية كالـتركات ، أم فعلية كالمحلات التجارية ، وقد سبق أن ذكرنا أن محكمة النقض اعتبرت المحل التجارى منقولا معنويا .

ويفـترض حق الانتفاع إمكان الانتفاع بالشئ الذى يرد عليه مع بقاء عينه ، لأن المنتفع ليس له استهلاكه أو التصرف فيه ، ومن ثم لايرد حق الانتفاع على الأشياء القابلة للاستهلاك وهى التى ينحصر اسـتعمالها بحسـب مـا أعـدت لاستعمالها أو إنفاقها ، كالأطعمة والأشـربة والنقود، ولكننا سنرى أنه يرد عليها ما يسمى بشبه حق الانتفاع .

ويصـلح حـق الانتفاع نفسه أن يكون محلا لحق انتفاع يترتب علـيه ، فيكون للمنتفع بحق الانتفاع غلة هذا الحق وثماره . وكذلك يصـلح أن يكون محلا لحق الانتفاع حق الارتفاق بشرط أن يشمل حـق الانـتفاع العقار المرتفق وحق الارتفاق معا ، فلا يترتب حق انتفاع على حق الارتفاق مستقلا عن العقار المرتفق (١).

وإذا رتـب حـق الانتفاع على دين فإنه يكون للمنتفع الحق في الحصول على فوائد هذا الدين . وينقضى الحق بزوال الدين .

---

(١) السـنهورى ص ٦٣٤ – محمـد كامل مرسى ص ٢٨٢– محمد على عمران ص ٢٦٦ .

ولكن إذا دفع الدين قبل الميعاد المعين للوفاء فإنه يكون للمنتفع الحق في الانتفاع لغاية انتهاء الميعاد المعين [١].

٣٢٣ـ شبه حق الانتفاع :

ذكـــرنا سلفا أنه من المتصور أن يرد حق الانتفاع على الأشياء التى تستهلك بالاستعمال ، فقد يحدث أن يوصى شخص لآخر بحق الانتفاع بأموال تركته أو بجزء منها ، وقد تشمل التركة على أشياء قابلة للاستهلاك .

فيباشــــر المنتفع حق الانتفاع على أموال التركة بما فيها الأشياء القابلة للاستهلاك .

إذ يعرف القانون المدنى الفرنسى – نقلا عن القانون الرومانى– ما يسمى بشبه حق الانتفاع إذ قضى في المادة (٥٨٧) على أنه :

" إذا اشـــتمل حـــق الانـــتفاع أشياء مما لا يمكن استعمالها إلا باستهلاكها مثل النقود والغلال والسوائل ، كان للمنتفع الحق في أن يســـتعملها ولكن بشرط أن يرد مثلها في المقدار والنوع والقيمة عند انـــتهاء حق الانتفاع أو يرد قيمتها " . كما أن شبه حق الانتفاع هذا تعـــرفه الشـــريعة الإسلامية حيث ورد في المادة (٢٢) من مرشد الحـــيران بـــأن " للمنتفع أن يستهلك ما استعاره من المنقولات التى لايمكـــن الانـــتفاع بهـــا إلا باســـتهلاكها عيـــنا كالنقد والمكيلات

(١) محمد كامل مرسى ص ٢٨٢ .

والموزونـــات ونحوهـــا ، وعلـــيه رد مثلها أو قيمتها بعد الانتفاع ويكـــون علـــيه ضمانها إذا هلكت قبل الانتفاع بها ولو بغير تعديه لكونها قرضا ".

وقـــد عـــرف التقنين المدنى المصرى القديم أيضا شبه الانتفاع فكانت المادة ٤١/٢٢ منه تنص على أنه : " يجوز للمنتفع الذى قدم الكفالة أن يستعمل الأشياء التى تنعدم بالاستعمال ، إنما عليه أن يرد بدلها عند انتهاء حقه في الانتفاع " .

كمـــا نص عليه أيضا التقنين المدنى الجديد في المادة ٢/٩٩٢- كمـــا سنرى – حيث قررت أن للمنتفع الذى قدم الكفالة أن يستعمل الأشـــياء القابلة للاستهلاك وإنما عليه أن يرد بدلها عند انتهاء حقه في الانتفاع .

ويبيـــن من ذلك أن شبه حق الانتفاع لايترتب على شئ مستقل بذاتـــه فهو لا ينشأ وحده . وإنما يترتب تبعا لحق انتفاع أوسع نطاقا يـــرد علـــى مجموع من الأموال . وفى شبه حق الانتفاع فإن الذى ينـــتقل إلـــى المنـــتفع فـــي الشئ القابل للاستهلاك ليس هو مجرد الانـــتفاع، إنما هو حق ملكية تامة تبيح للمنتفع استهلاك الشئ على أن يـــرد مثله أو قيمته عند انتهاء حق الانتفاع . وعلى ذلك يختلف شـــبه الانتفاع عن حق الانتفاع ففى الأخير يحتفظ المالك بالرقبة ،

أمـــا فـــي شبه الانتفاع فتنتقل ملكية الشئ رقبة ومنفعة إلى المنتفع ويصبح المالك مجرد دائن بمثل الشئ أو قيمته(١).

ويلاحـــظ أن شـــبه حـــق الانـــتفاع وإن كـــان يتقارب مع حق المقترض في عارية الاستهلاك ، حيث يحصل فى كل منهما تسليم الشـــئ مقابل الالتزام برد شئ مماثل له أو قيمته . إلا أنهما يختلفان فـــيما وراء ذلك فعارية الاستهلاك يكون مصدرها دائما العقد ، أما شبه حق الانتفاع فقد يتم بعقد أو وصية وهذا هو الغالب .

وفـــى العارية يكون التزام المستعير بالرد موصوفا بأجل معين لايحـــل بوفاتـــه، إذ تنـــتقل حقوق المستعير إلى ورثته على خلاف الأمـــر في شبه حق الانتفاع ، ثم إن صاحب حق الانتفاع لا يمكنه اســـتعمال الأشـــياء القابلة للاستهلاك إلا إذا قدم كفالة (م ٢/٩٩٢) على خلاف الحال بالنسبة للمستعير (٢).

٣٢٤ـ الأشياء التى تتلف بالاستعمال :

رأيـــنا أن الأشـــياء التى تهلك بمجرد الاستعمال يمكن أن يرد علـــيها شبه الانتفاع فتخضع لتنظيمه القانونى بحيث يستطيع المنتفع التصرف فيها ولايلزم إلا برد مثلها .

---

(١) محمـــد كـــامل مرسى ص ٢٨٢ وما بعدها – عبد المنعم البدراوى ص ٢٥٧ وما بعدها– رمضان أبو السعود ص ٥٠٨ وما بعدها .

(٢) رمضان أبو السعود ص٥٠٩–عبد المنعم البدراوى ص ٢٥٨ وما بعدها.

غـير أنـه توجد أشياء وإن كنت لاتستهلك بالاستعمال إلا أنها تتلف به . كالملابس والأثاث والسيارات ، فهذه الأشياء تخضع لحق انـتفاع بالمعنى الحقيقى لا لشبه حق الانتفاع ، ويستطيع المنتفع أن يسـتعملها في الغرض الذى خصصت له ، ويلتزم بردها بعد انتهاء مدة الانتفاع بالحالة التى تكون عليها (١).

ومن المتفق عليه بين الشراح أنه من الجائز الاتفاق على إلحاق الأشـياء الـتى تـبلى بطول الاستعمال بالأشياء التى تستهلك فورا بالاسـتعمال. فتنـتقل ملكية الأشياء التى تبلى بطول الاستعمال إلى المنتفع ، ويكون له حق التصرف فيها واستهلاكها ، ولايلزم إلا برد قيمـتها أو مثلها عند نهاية حق الانتفاع . فيتحول حق الانتفاع بهذا الشرط إلى شبه حق انتفاع .

وقـد يكـون الشرط ضمنيا فيستفاد مثلا من تقويم الأشياء التى يشملها حق الانتفاع ، إذا التقويم قد يفهم منه أن المالك لايعلق أهمية كبيرة على أن يسترد الأشياء بذواتها وبحسبه أن يسترد قيمتها فيقوم الـتقويم هـنا مقـام البيع . وهذه على كل حال قرينة قضائية قابلة لإثـبات العكس . فيجوز للمالك أن يثبت أنه قد عول على استرداد

---

(١) محمـد كـامل مرسـى ص ٣٨٣ – عبد المنعم البدراوى ص ٢٨٣ – السنهورى ص ١٦٣٤ وما بعدها .

الشـــئ بذاتـــه لا بقيمـــته وذلـــك بالـــرغم من تقويمه في سند حق الانتفاع[1].

أسباب كسب حق الانتفاع :

٣٢٥ـ تعداد :

تنص الفقرة الأولى من المادة على أن حق الانتفاع يكسب بعمل قانونى أو بالشفعة أو بالتقادم .

وعلى ذلك يكسب حق الانتفاع بإحدى طرق ثلاثة :

١- عمل قانونى .

٢- الشفعة .

٣- التقادم .

وهـــذه الطرق هى نفس الطرق التى يكسب بها حق الملكية بعد اســـتبعاد مـــالا ينطبق منها على حق الانتفاع كالميراث والاستيلاء والالتصاق .

وفى هذا جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

١- " حـــدد هـــذا النص الطرق التى يكسب بها حق الانتفاع ، وهـــى نفـــس الطرق التى يكسب بها حق الملكية بعد استبعاد مالا ينطبق منها على حق الانتفاع ، فيكسب حق الانتفاع بالعمل القانونى ويشـــمل العقد والوصية ، ويكسب أيضا بالشفعة والتقادم . ويخرج

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ ٦ ص ٥١٨ .

الميراث لأن حق الانتفاع لا يورث بل ينتهى حتما بموت صاحبه. ويخرج أيضا الاستيلاء والالتصاق لأنهما لاينطبقان على طبيعة حق الانتفاع "[1].

وقد قضت محكمة النقض بأن حق الانتفاع لا يكتسب بالميراث ، فجرى قضاؤها على أن :

" النص في المادة ٩٨٥ من القانون المدنى على أن " حق الانتفاع يكسب بعمل قانونى أو بالشفعة أو بالتقادم ويجوز أن يوصى بحق الانتفاع لأشخاص متعاقبين إذا كانوا موجودين على قيد الحياة وقت الوصية كما يجوز للحمل المستكن" والنص في المادة ٩٩٣ من ذات القانون على أن " ينتهى حق الانتفاع بانقضاء الأجل المعين فإن لم يعين له أجل عد مقررا لحياة المنتفع وهو ينتهى على أى حال بموت المنتفع حتى قبل انقضاء الأجل المعين" يدل على أن حق الانتفاع لايكتسب عن طريق الميراث وأنه حق موقوت ينقضى بانقضاء أقرب الأجلين المدة المقررة له أو وفاة المنفع ، وكان القانون رقم ١٤٢ سنة ١٩٤٤ بفرض رسم أيلولة على التركات قد خلا من النص صراحة على إخضاع حق الانتفاع الذى ينقضى بوفاة صاحبه لرسم الأيلولة على التركات على حين أخضع هذا القانون بصريح النص الاستحقاق في الوقف والوصية

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٦ ص ٥٣٢ .

والهبة وعقود التأمين والتأمينات التى استحق سدادها بسبب وفاة المورث إلى رسم الأيلولة ، وكان ذلك منه استثناء من القاعدة الأصلية وهى أن الرسم لايستحق أصلا إلا على الأموال التى تنتقل بطريق الميراث ، ولما كان الاستثناء لايجوز القياس عليه ولو أراد المشرع إخضاع حق الانتفاع الذى ينقضى بوفاة صاحبه لرسم الأيلولة ، على التركات لنص على ذلك صراحة كما نص على غيره من التصرفات التى أخضعها لهذا الرسم وكان حق الانتفاع موضوع النزاع لم ينتقل من ذمة المتوفاة إلى ذمة المطعون عليها المشترية بل انقضى بسبب وفاة صاحبته فإنه لا يكون خاضعا لأحكام القانون ١٤٢ لسنة ١٩٤٤ ولايستحق عليه بالتالى أية رسوم أيلولة أو ضريبة تركات ، ولا محل للتحدى بنص المادة ٤/٣٦ من هذا القانون التى بينت أساس تقدير حق الانتفاع ذلك أن حق الانتفاع يجوز أن يوصى به لأشخاص متعاقبين موجودين على قيد الحياة وقت الوصية كما يجوز للحمل المستكن وفقا لما تنص عليه المادة ٩٨٥ مدنى وتكون الوفاة هى الواقعة المنشئة لاستحقاق الرسم لأن المال قد آل إلى الموصى له بسببها وفى هذه الحالة يستحق رسم أيلولة طبقا للقاعدة العامة التى نصت عليها المادة الثالثة من القانون رقم ١٤٢ لسنة ١٩٤٤ من أن الأموال التى تنتقل بطريق الوصية يكون حكمها حكم الأموال التى تنتقل بطريق الإرث ويحصل عليها

الرسم وإذ انتهى الحكم المطعون عليه إلى عدم خضوع حق الانتفاع موضوع النزاع لرسم الأيلولة فإنه يكون قد التزم صحيح القانون".

(طعن رقم ١٨٦ لسنة ٤٧ ق جلسة ١٩٨١/٢/١٦)

ونعرض لأسباب كسب حق الانتفاع تفصيلا فيما يلى .

٣٢٦ـ مضمون أسباب كسب حق الانتفاع :

السبب الأول :

العمل القانونى :

يجوز ترتيب حق الانتفاع بالعمل القانونى . والعمل القانونى قد يكون وصية أو عقدا .

ونعرض أولا للوصية ثم نعرض بعد ذلك للعقد .

(أ) الوصية :

يجوز ترتيب حق الانتفاع عن طريق الوصية .

وقد نصت الفقرة الثانية من المادة على أنه : " يجوز أن يوصى بحق الانتفاع لأشخاص متعاقبين إذا كانوا موجودين على قيد الحياة وقت الوصية ، كما يجوز للحمل المستكن " .

ومثال ترتيب حق الانتفاع عن طريق الوصية أن يوصى مالك الشـــئ لآخـــر بحق انتفاع على هذا الشئ. فإذا توفى المالك انتقلت ملكية الرقبة إلى ورثته ونشأ حق انتفاع للموصى له [1].

---

(١) محمد لبيب شنب ص ٣٨٩ .

وقـــد يكون العكس بأن يوصى بالأعيان لشخص على أن تكون المنفعة للورثة (١).

وتســـرى أحكام الوصية من حيث الشكل ، ومن حيث النصاب الجائـــز الإيصاء به ، ومن حيث انتقال الحق إلى الموصى له ببقائه حــــيا بعـــد مـــوت الموصى . ومن حيث وجوب التسجيل إذا كانت الوصية واردة على عقار، ومن حيث سائر أحكام الوصية . وتحدد الوصية مدة حق الانتفاع وحقوق المنتفع والتزاماته على أن يستكمل ذلـــك بالأحكام الواردة في القانون . ويصح أن تعلق الوصية بحق الانـــتفاع علـــى شـــرط فاسخ أو على شرط واقف أو تقترن بأجل واقـــف. كما يصح أن تقرن بشروط وتكاليف ومنها جعله غير قابل للتصرف فيه ولا للحجز عليه (٢).

وتنص الفقرة الثانية من المادة على أن :

"ويجـــوز أن يوصى بحق الانتفاع لأشخاص متعاقبين إذا كانوا موجوديـــن علـــى قـــيد الحـــياة وقت الوصية ، كما يجوز للحمل المستكن ".

---

(١) محمد على عمران ص ٣١٧ .

(٢) السنهورى ص ١٦٤٦ .

فقــد أجاز النص أن يوصى بحق الانتفاع لأشخاص متعاقبين ، ويكــون ذلــك بأن يوصى شخص بحق الانتفاع لواحد بعد الآخر ، بحيث إذا انتهى حق انتفاع الأول بانقضاء مدته أو بموته ، نشأ حق انــتفاع جديد لا صلة له بالانتفاع الأول لصالح المنتفع الثانى وهكذا .... الخ .

ولايتضمن النص أى استثناء من قاعدة انتهاء حق الانتفاع حتما بوفــاة المنتفع . إذ أن كلا من المنتفعين المتعاقبين لايتلقى حقه من المنــتفع السابق وإنما من الموصى مباشرة ، فحق كل منهم مستقل عــن الآخــر ، كل ما في الأمر هو أن حق الموصى له الثانى قد أضيف إلى أجل واقف هو وفاة المنتفع الأول أو انتهاء مدة الانتفاع وهكــذا ... وحــتى لايشــتبه ذلك بالوقف اشترط النص أن يكون الموصى لهم جميعا موجودين على قيد الحياة وقت الوصية .

وكمــا يجــوز الإيصاء بحق الانتفاع لأشخاص متعاقبين ، فإنه يصــح من باب أولى الإيصاء بحق الانتفاع لأشخاص مجتمعين في وقــت واحــد ، فــيكون حق الانتفاع شائعا بينهم وبنسبة حصة كل منهم.

وقــد حرص المشرع على النص على جواز الوصية بالانتفاع للحمــل المستكن وذلك رفعا للشبهة التى أثارها نص المادة ١٦ من التقنين المدنى القديم والذى كان يشترط أن يكون المقرر له الانتفاع

موجـــودا على قيد الحياة (مولودا) وقت إنشاء هذا الحق ، فالوصية بالانتفاع كالوصية بالملكية جائزة للحمل المستكن [١].

(ب) العقد :

يجوز ترتيب حق الانتفاع بالعقد ، ويحصل ذلك بثلاثة طرق:

١- الطريق المباشر :

بموجـــب هذا الطريق يتم إنشاء حق الانتفاع ، بأن يقرر المالك حـــق انتفاع على عقار أو منقول لمصلحة شخص آخر أو أشخاص آخرين ، ويحتفظ لنفسه بملكية الرقبة .

وقد يكون ذلك بيعا أو هبة أو مقايضة أو وفاء بمقابل .

ويحـــدد العقد مدة حق الانتفاع وحقوق المنتفع والتزاماته ، فإذا خلال العقد من ذلك استكمل بالأحكام الواردة بالقانون .

وكثـــيرا مـــا كـــان يتبع هذا الطريق للتحايل على قاعدة تحريم الإيصـــاء للوارث قبل صدور قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ الذى أباح الوصية للوارث فيما لايزيد على الثلث .

غير أنه مازال يتبع الآن للتحايل على مقدار الوصية الجائزة ، ولذلـــك نصـــت المادة ٩١٧ مدنى على أنه : " إذا تصرف شخص لأحـــد ورثـــته واحتفظ بأية طريقة كانت بحيازة العين التى تصرف

---

(١) السنهورى ص ١٦٤٦ وما بعدها – اسماعيل غانم ص ٩- عبد المنعم البدراوى ص ٢٥٥.

فـيها وبحقه فى الانتفاع بها مدى حياته اعتبر التصرف مضافا إلى ما بعد الموت وتسرى عليه أحكام الوصية " ، ومن شأن هذا النص أن يقلل من حالات حق الانتفاع فى العمل .

٢- الطريق غير المباشر :

وذلـك بـأن ينقل المالك ملكية الرقبة للغير ويحتفظ لنفسه بحق الانـتفاع ، كأن يهب المالك الشئ للغير ثم يحتفظ لنفسه على الشئ بحق الانتفاع مدى حياته غالبا فعندئذ ينشأ حق الانتفاع بمناسبة نقل الملكية للغير.

وبالـتالى يكون العقد هنا منشئا لحق الرقبة لاحق الانتفاع وإنما تـم ظهور حق الانتفاع بطريق غير مباشر عن طريق هذا الفصل بين الرقبة والانتفاع (١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" لمـا كـان الـتحقق مـن أحقية المورث فى الانتفاع بالعين المتصـرف فيها مدى حياته لحساب نفسه استنادا إلى حق لايستطيع المتصرف إليه حرمانه منه لثبوت قيام القرينة القانونية المنصوص علـيها فـى المادة ٩١٧ من القانون المدنى- هو من سلطة محكمة الموضوع بغير معقب من محكمة النقض متى كان استخلاصها سائغا، وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه على قوله " وحيث إن ...

---

(١) رمضان أبو السعود ٥١١- عبد المنعم البدراوى ص ٢٥٥.

و..... شــهدا أمام محكمة أول درجة أن منزل النزاع بناه المرحوم ...... وكــان يقيم به مع زوجته حتى توفاه الله كما أقرت المستأنف ضــدها- الطاعــنة بهذه الإقامة بمذكرتها .... وجاء بتقرير الخبير المقــدم لمحكمـــة أول درجة أن بمنزل النزاع دكان تضع اليد عليه السيدة .... والدة المستأنفين - المطعون ضدهم- وأن ...المستأنف الثانى -المطعون ضده الثانى- يضع يده على شقة بالدور الثانى من المــنزل أيضا وحيث أن ما تستخلصه المحكمة من أقوال الشاهدين ....و ..... وممـــا جـــاء بمذكرة للمستأنف عليها آنفة البيان وما تضــمنه تقريــر مكتــب الخبراء أن المرحوم ..... مورث طرفى الــنزاع لم يتخل عن الأرض محل عقد البيع المؤرخ ١٩٥٨/١١/٩ وأنـــه أقـــام علــيها مبانى المنزل محل التداعى وأقام هو وزوجته المســتأنف عليها بالدور الأول من هذا المنزل حتى توفاه الله بينما مكن نجله .... من سكنى إحدى الشقتين بالدور الثانى وزوجته الثانية المـــرحومة .... مـــن دكان مقامه بهذا المنزل مما يقطع أنه انتفع بالعقـــار بالكيفـــية التى ينتفع بها المالك عادة والتى لايستطيع غير المـــالك ممارســـتها ، لما كان ذلك وكان ما ادعته الطاعنة من أن الحكم نسب إلى تقرير الخبير ما لم يرد به هو زعم غير صحيح إذ الثابت من ذلك التقرير أن معاينة المنزل موضوع النزاع قد أسفرت عـــن وضع يد .... على دكان به ووضع يد المطعون ضده الثانى

على إحدى شقق الدور الثانى منه بما يتفق وما أثبته الحكم المطعون فـيه نقلا عنه ، وكان مؤدى ما أورده الحكم المطعون فيه – وبغير نعـى من الطاعنة ثبوت أحقية المورث فى الانتفاع مدى حياته بما تصرف فيه استنادا إلى حق يخوله ذلك وهو ما يكفى لحمل قضائه فـى هـذا الخصوص فإن النعى بهذا السبب يكون جدلا موضوعيا لاتجوز إثارته أمام محكمة النقض ".

(طعن رقم ٩٧٤ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٨٤/١/٥)

٣- عقد انتفاع يصدر من المنتفع نفسه :

يجـوز لمـن تقـرر له حق الانتفاع أن ينزل عن حقه للغير ، بمقابل كالبيع أو بدون مقابل كالهبة ، إلا إذا كان السند المنشئ لحق الانتفاع قد تضمن شرطا مانعا من التصرف .

ويخضـع حـق الانـتفاع بعد انتقاله إلى المنتفع الجديد ، لنفس الأحكـام التى كان يخضع لها بين يدى المنتفع الأصلى . فإذا توفى المنـتفع الأصلى انقضى حق الانتفاع . أما إذا توفى المنتفع الجديد قبل وفاة المنتفع الأصلى وقبل انقضاء الأجل المعين للانتفاع ، فإن الحق ينتقل إلى ورثة المنتفع الجديد . وهذه هى الحالة الوحيدة التى ينـتقل فيها حق الانتفاع بالميراث . وينقضى حق الانتفاع فى هذه الحالـة بيـن يدى الورثة بوفاة المنتفع الأصلى أو بانقضاء الأجل المعين .

ويلاحـــظ أن الــنزول عن حق الانتفاع لمنتفع جديد ، لايترتب علــيه انقضـــاء التزامات المنتفع الأصلى قبل مالك الرقبة ، فيبقى مســئولا إلـــى حيــن انتهاء حق الانتفاع ، كما يظل الكفيل – فى الانــتفاع بالمــنقول – ضامنا لالتزامات المنتفع الأصلى وذلك طبقا للرأى السائد [1].

وإذا كـــان حـــق الانتفاع واردا على عقار وجب تسجيله عملا بالمـــادة التاســـعة من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ بتنظيم الشهر العقارى.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " حـــق الانـــتفاع المرتب على عقار بموجب عقد لاينشأ لا بالنسبة إلى الغير ولا فيما بين المتعاقدين إلا إذا سجل طبقا للقواعد المقررة فى التسجيل ".

(طعـــن رقـــم ١٦٩١ لسنة ٦٨ ق جـلسة ١٩٩٩/٦/١٧ – لم ينشر بعد)

٢- إذ كـــان عقـــد شـــراء المطعـــون ضده لحصة والده زوج الطاعـــنة فـــي العقار (والتى تشمل شقة النزاع) لم يسجل كما لم يسجل العقد الذى رتب به (لوالده زوج الطاعنة) حق الانتفاع على شـــقة النزاع فإن ملكية هذه الحصة لم تنتقل إلى المطعون ضده كما

---

(١) اسماعيل غانم ص ٩ وما بعدها – السنهورى ص ١٦٤٥ .

لـــم ينشـــأ على عين التداعى حق انتفاع طبقا للقانون ويكون الحكم المطعون فيه إذ أقام قضاءه – مع ذلك – على أن دعوى المطعون ضـــده (بطرد الطاعنة من شقة النزاع بقالة ملكيته لها وانتهاء حق الانـــتفاع الذى قرره لوالده زوج الطاعنة عليها بوفاته) من دعاوى الاســـتحقاق الناشـــئة عن انتهاء حق الانتفاع بوفاة المنتفع يكون قد أخطأ في تطبيق القانون أدى به إلى عدم تحقيق سند حيازة الطاعنة للشقة والتىتمسكت بهااستمراراً لحيازة سلفها والدالمطعون ضده" .

(طعــن رقم ١٦٩١ لسنة ٦٨ ق جلسة ١٩٩٩/٦/١٧ – لم ينشر بعد)

السبب الثانى :

الشفعة :

يكتســـب حق الانتفاع بالشفعة . وقد رأينا عند دراسة الشفعة أن المادة ٩٣٦ مدنى تنص على أن :

" يثبت الحق في الشفعة :

(أ) لمالك الرقبة إذا بيع كل حق الانتفاع الملابس لها أوبعضه .

(ب) للشـــريك فـــي الشيوع إذا بيع شئ من العقار الشائع إلى أجنبى .

(ج)............ " .

وبـــناء علـــى ذلـــك إذا بيع حق الانتفاع الملابس للرقبة كله أو بعضه حق لمالك الرقبة أن يأخذ حق الانتفاع كله أوبعضه بالشفعة ، فيكتســـبه هنا انتقالا من المنتفع . وطالما اجتمعت لديه ملكية الرقبة والمـــنفعة فـــإن حق الانتفاع ينقضى باتحاد الذمة . وقد يكون حق الانـــتفاع شائعا بين شخصين وباع أحدهما حصته الشائعة لأجنبى ، فيحق للشريك الآخر أخذها بالشفعة ما لم يتقدم عليه في الأخذ مالك الرقبة .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " الـــنص في المادة ١/٩٨٥ من القانون المدنى على " حق الانـــتفاع يكسب بعمل قانونى أو بالشفعة أو بالتقادم " مفاده أن حق الانـــتفاع يمكـــن كســـبه بالشفعة في حالة بيعه استقلالا دون الرقبة الملابسة له إذا ما توافرت شروط الأخذ بالشفعة " .

(طعن رقم ١٠٣ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٧٩/١٢/١٣)

٢- " مفـــاد نـــص المادتين ٩٣٦، ٩٣٧ من القانون المدنى أن المشرع قرر حق الشفعة لمالك الرقبة- في بيع حق الانتفاع لحكمة توخاها هى جمع شتات الملكية برد حق الانتفاع إلى مالك الرقبة إذ بدون هذا النص الصريح ما كان لمالك الرقبة أن يشفع في بيع حق الانـــتفاع إذ هو ليس شريكا مشتاعا ولا جارا مالكا – وتحقيقا لذات المحكمـــة فقـــد فضل المشرع مالك الرقبة على سائر الشفعاء عند

مزاحمـــتهم له في الشفعة في بيع حق الانتفاع الملابس للرقبة التى يملكهـــا وذلك على ما جرى به نص المادة ٩٣٧ من القانون المدنى المشـــار إليها – وإذ قرر المشرع الأفضلية لمالك الرقبة عن باقى الشفعاء عند مزاحمتهم له وفق ماجرى به هذا النص فقد تصور أن يزاحم الشفعاء الآخرين من مالك الرقبة-في بيع حق الانتفاع فتكون الأفضـــلية للأخـــير مؤكدا بذلك أن الشفعة في حق الانتفاع مقررة لســـائر الشـــفعاء وذلـــك لتوفر الحكمة في تقرير الشفعة وهى منع المضار – لما كان ما تقدم فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى بثبوت حق الشفعة للجار المالك (المطعون ضدها الأولى) يكون قد أصاب في النتيجة التى انتهى إليها ".

(طعن رقم ١٠٣ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٧٩/١٢/١٣)

السبب الثالث :

التقادم :

يكسب حق الانتفاع بالتقادم . فيكسب بالتقادم الخمسى في العقار عملا بالمادة ٩٦٩ مدنى التى تجرى على أن : " إذا وقعت الحيازة علـــى عقـــار أو على حق عينى عقارى وكانت مقترنة بحسن النية ومستندة في الوقت ذاته إلى سبب صحيح ، فإن مدة التقادم المكسب تكون خمس سنوات " .

كما يكسب على المنقول بمجرد الحيازة بحسن نية ، فإذا رتب غــير مــالك المــنقول لآخر حق انتفاع على المنقول ، فحيازة هذا الشــخص لحــق الانــتفاع بحســن نية يكسبه حق الانتفاع بمجرد الحيازة.

كمــا يكسب حق الانتفاع على العقار والمنقول بالتقادم الطويل عملا بالمادة ٩٦٨ مدنى التى تجرى على أن : " من حاز منقولا أو عقــارا دون أن يكــون مالكا له ، أو حاز حقا عينيا على منقول أو عقــار دون أن يكون هذا الحق خاصا به ، كان له أن يكسب ملكية الشئ أو الحق العينى إذا استمرت حيازته دون انقطاع خمس عشرة سنة " .

وإذا كان من الصعب تصور كسب حق الانتفاع بالتقادم الطويل لأن الحائــز سئ النية الذى يستمر واضعا يده على عقار أو منقول خمس عشرة سنة يكسب ملكيته ولا يكون من السذاجة بحيث يقرر أنه لم يضع يده إلا بصفة منتفع . إلا أنه مع ذلك يمكن تصوره في بعض الحالات، كما إذا كان للمنتفع سند رتب بمقتضاه حق الانتفاع ولكــنه كــان ســئ النية أى كان يعلم أنه يتعامل مع غير المالك، . فالــتقادم الذى يكسب به الحق في هذه الحالة هو التقادم الطويل لا القصــير ، ويكســب به واضع اليد حق الانتفاع فقط لاحق الملكية الكامل .

وقــد عرضنا تفصيلا فيما سبق لأحكام التقادم الخمسى والتقادم الطويل فنحيل إليه [١].

---

(١) محمد كامل مرسى ص ٢٨١ .

مـــادة (٩٨٦)

يــراعى في حقوق المنتفع والتزاماته السند الذى أنشأ الانتفاع وكذلك الأحكام المقررة في المواد الآتية :

الشـــــرح

٣٢٧ـ تحديد حقوق المنتفع والتزاماته بسند حق الانتفاع:

يحـــدد في سند حق الانتفاع ، سواء كان عقدا أو وصية حقوق والـــتزامات المنتفع ، فيكون ما نص عليه ملزما للطرفين ، إلا أن يكون مخالفا للنظام العام أو الآداب ، وهذا يحدث في حالة قليلة .

ويضاف إلى ذلك الأحكام التى قررها القانون في هذا الشأن في المواد التالية لهذه المادة .

أمـــا إذا كسب حق الانتفاع بالتقادم ، فأعمال الحيازة التى أدت إلى التقادم هى التى تحدد مدى حق الانتفاع الذى كسب بهذا السبب.

وأغلـــب الأحكام الواردة في القانون لاتتعلق بالنظام العام. ومن ثم يجوز أن يتضمن السند أحكاما مخالفة لها .

مــادة (٩٨٧)

يكــون ثمــار الشــئ المنــتفع به من حق المنتفع بنسبة مدة انتفاعه مع مراعاة أحكام الفقرة الثانية من المادة ٩٩٣[1] .

الشــــرح

٣٢٨ ـ حق المنتفع في ثمار الشئ :

للمنــتفع الحق في استغلال الشئ أى في الحصول على ثماره. وهــذا ما يميز حق الانتفاع عن حق الاستعمال وحق السكنى حيث يقتصر حق صاحبهما على استعمال الشئ .

وقــد يكــون هذا الاستغلال مباشرا كأن يزرع المنتفع الأرض بنفسه فيحصل على ثمارها .

وقــد يكون غير مباشر بأن يؤجر الأرض الزراعية أو المنزل لغيره ، ويحصل مقابل ذلك على الأجرة .

ويتقــيد المنــتفع في استغلاله للعين بالقيود التى يضعها القانون على سلطة الاستغلال كتحديد حد أقصى لأجرة بعض الأماكن مثلا.

---

(١) كانت المادة (١٢٤١) من المشروع التمهيدى المقابلة للمادة (٩٨٧) تنص علــى أن : " تكــون ثمــار الشئ المنتفع به من حق المنتفع على قدر مدة انــتفاعه ، كما أن للمنتفع الحق فى الثمار الطبيعية القائمة عند بدء الانتفاع دون إخــلال بالحقوق التى كسبها الغير. أما الثمار التى تكون قائمة وقت انــتهاء الانــتفاع فهى من حق المالك ، على أن يوفى كل منهما الآخر ما أنفقه " إلا أن المادة عدلت فى لجنة المراجعة على النحو الراهن .
(مجموعة الأعمال التحضيرية جــ٦ ص ٥٣٦ وما بعدها) .

وقد سبق أن فرقنا بين الثمار والمنتجات .

والأصـــل أن يكـــون للمنتفع الحق في الثمار دون المنتجات . فـــيكون له الثمار الطبيعية والمستحدثة والمدنية ومن الأخيرة فوائد رؤوس الأموال سواء نتجت عن قرض أو إيراد مرتب أو أسهم أو حصـــص في شركات حيث تكون أرباحها للمنتفع . وهذا كله مالم يوجد اتفاق على غير ذلك .

٣٢٩ـ استحقاق الثمار بنسبة مدة الانتفاع :

تـــنص المـــادة علـــى أنْ تكون ثمار الشئ المنتفع به من حق المنتفع بنسبة مدة انتفاعه .

وعلى ذلك يستحق المنتفع من ثمار الشئ ما يناسب مدة انتفاعه. فـــإذا كانت مدة الانتفاع سنة واحدة مثلا ، فإنه يستحق الثمار التى ينـــتجها الشئ خلال هذه السنة فقط . وإذا انتهى الانتفاع قبل الأجل المحـــدد له بوفاة المنتفع مثلا ، يستحق ورثته قدرا من الثمار بنسبة مدة بقاء الانتفاع (١).

ولا صـــعوبة فـــيما يتعلق باحتساب الثمار المدنية :. إذ يسهل حساب ما يستحقه المنتفع من هذه الثمار ، فهذه الثمار تعد مقبوضة يوما فيوم . فإذا تعلق الأمر مثلا بحق انتفاع على أرض مؤجرة أو على منزل مؤجرا وكانت مدة الإيجار مشاهرة وكان قد مضى عن

---

(١) محمد لبيب شنب ص ٣٩٢ – محمد على عمران ص ٣٦٩ .

بدء الانتفاع نصف شهر مثلا استحق المالك نصف الأجرة والمنتفع النصف الآخر . وكذلك الأمر لو كانت الأجرة أو الأرباح المتعلقة بالأسهم سنوية ، وكان قد مضى من السنة نصفها عند بدء الانتفاع استحق كل منهما نصف الأجرة أو الأرباح.

وكذلك الحال عند انتهاء الانتفاع ، فلا يجوز للمنتفع أن يستولى من الأجرة إلا لغاية تاريخ انتهاء الانتفاع ، أما ما بقى بعد ذلك من الأجرة عن مدة لاحقة على انتهاء الانتفاع فهى من حق مالك الرقبة[1].

أما بالنسبة للثمار الطبيعة أو المستحدثة (الصناعية):

فيحسب ما يستحقه المنتفع على النحو الآتى :

١- إذا لم يكن في الأرض زرع قائم وقام المنتفع بزراعة الأرض وجنى المحصول قبل نهاية مدة الانتفاع كانت الثمار له .

٢- إذا كان الزرع قائما بالأرض عند بدء الانتفاع ، فتحسب المدة التى تظل الأرض مشغولة فيها بالزرع ، فيأخذ المالك من المحصول بنسبة الفترة السابقة على بدء الانتفاع ويأخذ المنتفع بنسبة الفترة اللاحقة . على أن يساهم في نفقات البذر والسماد والعمل بنسبة هذه الفترة .

---

(١) توفيق فرج ص ٣٢٩- عبد المنعم البدراوى ص ٢٦٦ .

مـــادة (٩٨٨)

١- علـــى المنـــتفع أن يستعمل الشئ بحالته التى تسلمه بها وبحسب ما أعد له وأن يديره إدارة حسنة .

٢- وللمـــالك أن يعـــترض على أى استعمال غير مشروع أو غير متفق مع طبيعة الشئ ، فإذا أثبت أن حقوقه في خطر جاز له أن يطالـــب بـــتقديم تأميـــنات ، فإن لم يقدمها المنتفع أو ظل على الرغم من اعتراض المالك يستعمل العين استعمالا غير مشروع أو غـــير مـــتفق مع طبيعتها ، فللقاضى أن ينزع هذه العين من تحت يـــده وأن يســـلمها إلـــى آخر يتولى إدارتها ، بل له تبعا لخطورة الحال أن يحكم بانتهاء حق الانتفاع دون إخلال بحقوق الغير .

الشرح

٣٣٠- الـتزام المنـتفع باستعمال الشئ بحالته التى تسلمها بها وبحسب ما أعد له :

توجـــب الفقرة الأولى من المادة على المنتفع " أن يستعمل الشئ بحالته التى تسلمه بها وبحسب ما أعد له وأن يديره إدارة حسنة" .

ومقتضـــى التزام المنتفع باستعمال الشئ بحالته التى تسلمه بها احترام التصرفات التى أتاها المالك قبل بدء الانتفاع ، كعقد الإيجار الذى أبرمه المالك إذ يكون هذا العقد واجب الاستمرار [١].

---

(١) محمد وحيد الدين سوار ص ٨٠٤ .

والتزام المنتفع باستعمال الشئ بحسب ما أعد له ، يتيح له أولا استعمال الشئ ، فيستخدمه في جميع الوجوه التى يجوز له أن يستعمله فيها ، كأن يسكن المنزل أو يركب السيارة أو الدابة أو يستعمل المنقولات.

ويقتضى ثانيا منه احترام تخصيص الشئ فيما أعد له وما كان متبعا في الاستعمال من الملاك السابقين . فإذا كان حق الانتفاع خاصا بحصان للركوب فلا يجوز للمنتفع أن يستعمله للجر أو الحمل، وإذا كان حق الانتفاع متعلقا بمنزل للسكنى فليس له أن يحوله إلى مقهى أو متجر، إلا إذا كان الاتفاق بين المتعاقدين يجيز ذلك ، إما صراحة أو دلالة ، وذلك لأن استعمال الشئ استعمالا يخالف ما وضع له يعتبر تصرفا ، والمنتفع ليس له حق التصرف[1].

ومع ذلك فإن المنتفع لايتقيد بذلك في بعض الصور ، كما في حالة ما إذا كانت الأرض التى ورد عليها الحق من الأراضى البور، إذ يكون له أن يزرعها . وفى هذه الحالة يمكن تبرير هذا على اعتبار أن الأراضى البور ، ليست معدة لغاية معينة ، والاستغلال المعقول لها يكون عن طريق زراعتها . وفضلا عن ذلك فإن هذا

---

(١) محمد كامل مرسى ص٢٨٩ وما بعدها توفيق فرج ص ٢٣٤ ومابعدها- نبيل سعد ص ٢٣٧ .

لايعد تغييرا ، ولكنه تحسين للأرض ، كما أنه لايتقيد كذلك بالعوائد السابقة التى كانت متبعة في الأراضى الزراعية، إذ ورد الحق على أرض زراعـية ، متى كان الهدف من الخروج عما كان متبعا من قبل من أصحاب الأرض السابقين هوتحسين الزراعة [١].

كمـا أنه يكون للمنتفع أن يلائم بين الانتفاع في حدود الغرض الـذى أعدلـه وبيـن التغـيرات التى تحدثها العوامل الاقتصادية والاجتماعـية علـى جوهـر الشئ دون تدخل من المنتفعين أو من ملاك الرقبة ، كما هو الشأن في حالة ما إذ أدى التطور إلى تغيير منطقة زراعية إلى منطقة للبناء [٢].

ويشـمل حق الاستعمال حق الصيد والقنص ، فيكون للمنتفع أن يمـارس هـذا الحق . وذلك ما لم يكن المالك قد سبق له تأجير هذا الحـق ، حيـث يجب على المنتفع أن يحترم حق المستأجر ، ولكن الأجرة تكون من حق المنتفع طوال مدة الانتفاع [٣].

ويلـتزم المنتفع بألا يسئ استعمال الشئ فيستعمله استعمالا غير مشروع ، أو استعمالا غير متفق مع طبيعته .

---

(١) توفيق فرج ص ٣٣٦ .

(٢) توفيق فرج ص ٣٣٦ هامش (٢) .

(٣) السنهورى ص ١٦٥٦ هامش (١)- نبيل سعد ص ٢٣٠.

ولا يقتصـــر حق المنتفع على استعمال الشئ ذاته ، بل له الحق في استعمال الحقوق المقررة لمنفعة الشئ أيضا ، كحقوق الارتفاق المقررة لصالح العقار كالمروى والمجرى .

ويتقـــيد المنتفع في استعمال الشئ كما يتقيد المالك بالقيود التى فرضـــها القانون في استعمال الشئ. فلا يجوز أن يفتح مطلا على الجـــار إلا في المسافة التى حددها القانون ، ولا أن يستعمل العقار الـــذى ينـــتفع بـــه استعمالا من شأنه أن يضر بالجار ضررا غير مألوف (١).

وقد لايستعمل المنتفع الشئ بنفسه ، بل يدعو غيره إلى استعماله تبرعا دون مقابل ، كأن يستضيف بعض ذويه للإقامة في الدار التى ينـــتفع بها ، أو يعير السيارة التى له فيها حق الانتفاع . أما إذا نزل عن الاستعمال للغير بمقابل ، فإن هذا يكون استغلالا لا استعمالا(٢).

كما يلتزم المنتفع بألا يستعمل الشئ استعمالا غير مشروع.

---

(١) السنهورى ص ١٦٥٦.

(٢) السنهورى ص ١٦٥٦.

٣٣١- جزاء استعمال الشئ استعمالا غير مشروع أو غير متفق مع طبيعة الشئ :

للمالك أن يعترض على أى استعمال غير مشروع للشئ أو غير متفق مع طبيعة الشئ على النحو الذى ذكرناه سلفا .

فــإذا أثبــت المالك أن حقوقه أصبحت في خطر من جراء هذا الاستعمال ، كتهديد الشئ بالإتلاف ، جازله أن يطالب المنتفع بتقديم تأميــنات كرهــن أو كفــيل موسر يضمن الوفاء بما يستحق له من تعويض قبله ، إذا ما أتلف الشئ .

فــإذا لم يقدم المنتفع التأمينات أو ظل على الرغم من اعتراض المــالك يستعمل العين استعمالا غير مشروع أو غير متفق عليه ، جــاز للقاضى وبناء على طلب المالك أو من له مصلحة في ذلك – كدائنــيه مثلا– أن ينزع هذه العين من تحت يد المنتفع وأن يسلمها إلى أمين يتولى إدارتها لحساب المنتفع وتسليم غلتها إليه .

بــل للقاضى بناء على طلب المالك أو من له مصلحة في ذلك– إذا رأى أن سوء الاستعمال خطير إلى حد يستوجب إجراء أشد أن يحكم بانتهاء حق الانتفاع .

وفــى هــذه الحالــة الأخيرة يجب مراعاة عدم الإخلال بحقوق الغــير، كالدائــن المرتهن لحق الانتفاع ، فيجب أن يبقى هذا الحق

للمرتهــن بحيــث يســتطيع الحجــز على حق الانتفاع طوال مدته الأصلية[١].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" فيجــب على المنتفع أن يستعمل الشئ بحسب ما أعد له . فإن اســتعمله في غير ذلك بحيث تصبح الرقبة في خطر جاز لصاحب الرقــبة أن يمــنعه مــن هذا الاستعمال غير المشروع وأن يطالبه بتأمينات . فإذا أخل المنتفع بما يجب عليه من تقديم التأمينات أو من استعمال الشئ استعمالا مشروعا ، جاز للقاضى أن ينزع العين من تحــت يد المنتفع ويعهد بها إلى أمين يديرها ويسلم غلتها للمنتفع . بل يجوز للقاضى أن يحكم بانتهاء حق الانتفاع مع المحافظة على حقوق الغير (كدائن مرتهن لحق الانتفاع) إذا رأى مقتضيا لذلك (م ١٢٤٣ من المشروع وتقابل م ٣٩/٢٠ من التقنين الحالى " [٢].

---

(١) محمد كامل مرسى ص ٢٩٠- محمد لبيب شنب ص ٣٩٢ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٦ ص ٥٣٩ .

سلطة المنتفع على الشئ المنتفع به

٣٣٢ ـ للمنتفع الحق في استعمال واستغلال الشئ المنتفع به :

يكــون لمــالك الشئ حق استعماله وحق استغلاله أى الحصول على ثمراته وحق التصرف فيه .

فــإذا أنشــأ هذا المالك لآخر حقا بالانتفاع فإن هذا الحق يجرد الملكية من عنصرى الاستعمال والاستغلال ولايبقى لها إلا العنصر الثالث وهو حق التصرف . أما صاحب حق الانتفاع فيكون له الحق في الاستعمال الشئ واستغلاله فقط دون حق التصرف.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"حق الملكية يغاير في طبيعته وحكمه في القانون حق الانتفاع ، فحــق الملكية هو جماع الحقوق العينية إذ مالك العقار يكون له حق اســتعماله وحق استغلاله وحق التصرف فيه . فإذا أنشأ هذا المالك لآخــر حقــا بالانــتفاع فــإن هذا الحق يجرد الملكية من عنصرى الاســتعمال والاســتغلال ولايبقى لها إلا العنصر الثالث وهو حق التصــرف فتصــبح الملكية المثقلة بحق الانتفاع هى ملكية الرقبة ، فيجتمع حقان عينيان ، حق الرقبة للمالك وحق الانتفاع للمنتفع .... الخ " .

(طعنان رقما ١٥٨٩لسنة ٥٥، ١٠٩٣لسنة ٥٣ق جلسة ١٩٨٧/١٢/٣)

ونعرض في البنود التالية لسلطة المنتفع على الشئ تفصيلا.

أولا: أعمال الإدارة :

٣٣٣ـ (أ) الإيجــار :

يعتبر الإيجار أظهر وأهم أعمال الإدارة .

ويثبت الحق فى الإيجار للمنتفع . فله أن يؤجر الشئ المنتفع به لاستثماره والحصول على أجرته ، فالأجرة هى الثمار المدنية للشئ.

غير أنه يجب ألا يترتب على هذا الإيجار – كما قدمنا – التغيير من تخصيص الشئ . فالقانون يحرم على المنتفع استعمال الشئ فى غير ما أعد له ، وهذا يقتضى بالضرورة عدم جواز تأجير الشئ بقصد استعماله فى غرض يخالف ما أعد له الشئ .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" لما كانت المادة ٥٥٨ من ذات القانون تنص على أن الإيجار عقد يلتزم المؤجر بمقتضاه أن يمكن المستأجر من الانتفاع بشئ معين مدة معينة لقاء أجر معلوم ، فإن القانون لايشترط أن يكون المؤجر مالكا وإنما يكفى أن ينشئ المؤجر فى ذمته التزاما صحيحا يوجب عليه أن يمكن المستأجر من الانتفاع بالشئ المؤجر ومن باب أولى فيحق لصاحب الانتفاع ، الانتفاع بالمال واستغلاله بتأجيره للغير خاصة إذا ما ثبت أنه أقام المبنى الجديد من ماله الخاص على الأرض المملوكة لأصحاب حق الرقبة استعمالا لحقه فى الانتفاع " .

(طعن رقم ٢٦٢٧ لسنة ٦٠ ق جلسة ٣/١١/١٩٩٤)

ويجـوز للمنـتفع أن يؤجر حقه فى الانتفاع إلى مالك الرقبة ، ولايعـترض على ذلك بأن مالك الرقبة يستأجر ماله وهذا لايجوز، لأن المـالك هنا ليس له إلا الرقبة ، وهو يستأجر مالا مستقلا عنها هـو الحق فى الانتفاع ، فإذا مات المنتفع قبل انقضاء مدة الإيجار انـتهى الإيجار باتحاد الذمة ، إذ يجتمع عند المالك صفة المستأجر وصفة المؤجر معا .

٣٣٤ـ مدة الإيجار الصادر من المنتفع :

تـنص المادة ٥٦٠ مدنى على أن : " الإجارة الصادرة ممن له حـق المنفعة تنقضى بانقضاء هذا الحق إذا لم يجزها مالك الرقبة، على أن تراعى المواعيد المقررة للتنبيه بالإخلاء والمواعيد اللازمة لنقل محصول السنة " .

فالقاعدة أن للمنتفع التأجير لأية مدة يراها ، بشرط ألا تزيد على مـدة حـق الانتفاع ذاته ، فلا يتقيد فى التأجير بمدة ثلاث السنوات المنصوص عليها بالمادة ٥٥٩ مدنى [1]، لأنه عند ما يؤجر لايفعل

---

(١) تنص هذه المادة على أن : " لايجوز لمن لايملك إلا حق الإدارة أن يعقد إيجاراً تزيد مدته على ثلاث سنوات إلا بترخيص من السلطة المختصة، فإذا عقد الإيجار لمدة أطول من ذلك ، أنقصت المدة إلى ثلاث سنوات، كل هذا مالم يوجد نص يقضى بغيره .

ذلـــك بموجب حق الإدارة ، فهو لا يدير العين نائبا عن الغير وإنما يستعمل حقه الأصيل فى الانتفاع .

ولمـــا كان حق الانتفاع حق موقوت كما ذكرنا سلفا . فإنه إذا انقضـــى حق الانتفاع قبل نهاية مدة الإيجار لانتهاء مدته أو لموت المنـــتفع انفسخ الإيجار ولم يجز للمستأجر مطالبة المؤجر أو ورثته بتعويض عن ذلك .

ولايســـتثنى مـــن ذلـــك إلا حالـــة ورود حق الانتفاع على أحد الأماكـــن الخاضـــعة لقوانين إيجار الأماكن الاستثنائية أو الأراضى الخاضـــعة لأحكام المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ (المعدل) بالإصـــلاح الـــزراعى – إبـــان سريانه – لأن أحكام هذه القوانين تقضـــى بامـــتداد عقد الإيجار امتدادا تلقائيا بقوة القانون بعد انتهاء مدته.

غير أن المادة ٥٦٠ مدنى نصت على أن : " الإجارة الصادرة ممـــن له حق المنفعة تنقضى بانقضاء هذا الحق إذا لم يجزها مالك الرقبة ، على أن تراعى المواعيد المقررة للتنبيه بالإخلاء والمواعيد اللازمة لنقل المحصول .

ومقتضى ذلك أنه إذا انقضى الإيجار بانقضاء حق الانتفاع كان لصاحب الرقبة خياران :

الخيار الأول :

أن يقـر الإيجـار الذى عقده المنتفع[١] ، وفى هذه الحالة يظل الإيجار سارياً إلى الوقت المحدد له ، ولو جاوز مدة حق الانتفاع ، ويحـل مـالك الرقبة محل المنتفع فى الحقوق والالتزامات المترتبة على الإيجار .

فانتهاء الإيجار بانتهاء حق الانتفاع مقرر لمصلحة مالك الرقبة وحـده ، فلا يصح للمستأجر أن يطلب انتهاء الإيجار بسبب انتهاء المنفعة إذا أقره مالك الرقبة والدليل على ذلك قول المادة (٥٦٠) أن الإيجار ينقضى بانقضاء حق المنفعة إلا إذا أقره مالك الرقبة. وهذا الإقـرار يصح أن يصدر أثناء سريان حق الانتفاع أو بعد زواله ، ولمـا يكـون الإقرار صريحا يصح أن يكون ضمنياً يستخلص من ظروف الحال لاسيماً من علم مالك الرقبة بالإيجار وتركه المستأجر بعد انقضاء حق الانتفاع يضع يده على العين مدة معقولة .

---

(١) اسـتعملت المـادة لفـظ الإجازة والمقصود بالإجازة فى هذا النص هو الإقـرار لأن الإجـازة تصـدر مـن الشخص الذى يتقرر إبطال العقد لمصلحته فيصبح العقد صحيحاً ، أما الإقرار فيصدر من شخص أجنبى عن العقد فيصبح العقد نافذا فى حقه .

أمـــا إذا أجـــر المنتفع العين بادعاء أنه مالك لها ، وانتهى حق الانـــتفاع قـــبل انقضاء مدة الإيجار ، ولم يقر المالك الإيجار للمدة الباقـــية ، فإنه يجوز للمستأجر الرجوع على المنتفع أو على ورثته بتعويض يدفع من التركة .

الخيــار الثانى :

ألا يقــر المالك الإيجــار :

وفـــى هذه الحالة يكون لمالك الرقبة طلب إخراج المستأجر من العيـــن المؤجـــرة . غـــير أنـــه يجب على مالك الرقبة أن يراعى المواعـــيد المقـــررة للتنبيه بالإخلاء المنصوص عليها بالمادة ٥٦٣ مدنـــى وإذا كانت العين أرضا زراعية فإنه يجب على مالك الرقبة أيضـــاأن يـــتمهل حتى تفوت المواعيد المقررة لنقل محصول السنة وفق ما يقتضيه عرف المهنة (م٦١٧ مدنى) .

(راجع عقد الإيجار شرح المادتين ٥٦٣، ٦١٧).

٣٣٥ـ (ب) بيع المحصول :

يتفرع عن سلطة الإدارة المخولة للمنتفع أن يكون له الحق فى بـــيع المحصـــول وقبض ثمنه فهو من حقه ، كما له أن يبيع الزرع قائما حتى ولو انقضى حق الانتفاع قبل الجنى وعندئذ تسرى أحكام الفقـــرة الثانية من المادة ٩٩٣ مدنى التى تقضى بأن : " وإذا كانت

الأرض المنـــتفع بهـــا مشغولة عند انقضاء الأجل أو موت المنتفع بـــزرع قـــائم ، تركـــت الأرض للمنتفع أو لورثته إلى حين إدراك الزرع ، على أن يدفعوا أجرة الأرض عن هذه الفترة من الزمن".

٣٣٦- (ج) استيفاء الحقوق :

إذا كـــان حـــق الانـــتفاع مقررا على أموال من بينها دين من الديـــون، أو كـــان واردا مباشرة على دين ، كان للمنتفع الحق فى اقتضاء الدين عند حلول أجله وديا أو قضاء وإعطاء مخالصة عنه تكـــون حجـــة على صاحب الحق . وإذا كان حق الانتفاع لم ينقض أجلـــه بعـــد ، تحول حق الانتفاع إلى شبه انتفاع على المبالغ التى اقتضـــاها من الدين ، حيث يجوز له استثمارها والتصرف فيها ورد مثلها عند نهاية الانتفاع .

وإذا هلك الشئ المنتفع به واستحق عنه تعويض أو مبلغ التأمين أو مقابل نزع ملكيته للمنفعة العامة ، فإن حق المنتفع ينتقل إلى هذا المقـــابل حيـــث تقضـــى الفقرة الأولى من المادة ٩٩٤ مدنى بأن : "ينتهى حق الانتفاع بهلاك الشئ ، إلا أنه ينتقل من هذا الشئ إلى ما قـــد يقـــوم مقامه من عوض " . ويعد هذا الحكم من تطبيقات فكرة الحلـــول العينى ، ويحق للمنتفع قبض هذه المبالغ وإعطاء مخالصة بها ، وله أن يستثمرها والتصرف فيها على أن يرد مثلها عند نهاية حـــق الانـــتفاع ، ويجـــوز للمالك أن يطالب المنتفع بتقديم كفالة .

وللمحكمة عند الضرورة أن تقرر الطريقة التى يستغل بها المنتفع تلك الأموال [١].

٣٣٧- (د) حضور جلسات الجمعيات العمومية للشركات :

إذا كان محل الانتفاع أسهما أو حصصا فى شركات ، كان من حق المنتفع - دون مالك الرقبة - حضور جلسات الجمعية العمومية للشركة ، سواء كانت الجمعية عادية أو غير عادية ، فهذا الحضور يعد من أعمال الإدارة، حتى لو كان من بين قرارات هذه الجمعية عملا من أعمال التصرف أو كان من بين قراراتها تعديل نظام الشركة [٢].

٣٣٨- التزام المنتفع بإدارة الشئ إدارة حسنة :

تنص الفقرة الأولى من المادة على التزام المنتفع بإدارة الشئ محل الانتفاع إدارة حسنة .

فيلتزم المنتفع بأن يبذل فى إدارة الشئ محل الانتفاع ، عناية الرجل المعتاد .

---

(١) السنهورى ص ١٦٧٢ وما بعدها - رمضان أبو السعود ص ٥١٩ .

(٢) السنهورى ص ١٦٧٣ - رمضان أبو السعود ص ٥١٩- وقارن عبد المنعم البدراوى ص ٢٧٠ وما بعدها فيرى أنه إذا قررت الشركة زيادة رأس المال بإصدار أسهم جديدة لصالح الشركاء القدامى فإن زيادة رأس المال على هذا النحو لايخول المنتفع الحق فى الاكتتاب فى هذه الأسهم حتى ولو لم يستفد مالك الأسهم بنفسه من هذا العرض .

فلا يتطلب منه عنايته أو عناية المالك فى أموال نفسه إذا كانت تزيد على عناية الرجل المعتاد .

كما لايقبل منه النزول عن عناية الرجل المعتاد حتى لو كان هو أو مالك الرقبة ينزل عنها فى إدارة شئونه (١).

فإذا كان محل حق الانتفاع أرضا زراعية وجب عليه ألا ينهكها فى الزراعة أو يتركها بورا ، أو يأخذ منها أتربة بحيث يهبط مستواها بما يؤثر على إنتاجيتها.

٣٣٩ـ ثانيا : رهن المنتفع لحق الانتفاع :

يجوز للمنتفع أن يرهن حق الانتفاع رهنا رسميا إذا كان عقارا أو رهنا حيازيا إذا كان منقولا .

وما يجوز رهنه هو حق الانتفاع لا الثمار الناتجة منه ، لأن للمنتفع الحق فى تحصيل الثمار ومتى دخلت فى ذمته المالية أصبحت ضمانا عاما لكل الدائنين (٢).

ويجوز لدائنى المنتفع أخذ حق اختصاص على حق الانتفاع إذا كان واقعا على عقار . كما يجوز أن يترتب على حق الانتفاع امتياز بائع العقار أو امتياز بائع المنقول إذا كان المنتفع قد اشترى حق الانتفاع على عقار أو منقول ولم يدفع ثمنه .

---

(١) السنهورى ص ١٦٨٣ وما بعدها .

(٢) محمد كامل مرسى ص ٣٠٤ .

ويلاحـــظ أن التأمين الذى يرد على حق الانتفاع يكون ضعيفا ، لأنه ينتهى بانتهاء حق الانتفاع وخصوصا بموت المنتفع .

وإذا لـــم يـــوف المنتفع بالدين المضمون بيع حق الانتفاع ، لا العيـــن نفســـها بالمزاد ليقتضى الدائن صاحب حق الرهن دينه من حصيلة البيع .

٣٤٠ ـ ثالثاً : أعمال التصرف :

لايملك المنتفع – كما رأينا – رقبة الشئ المنتفع به ، وعلى ذلك لايجـــوز له التصرف فى الرقبة ، وإذا باعها كان بائعا لملك غيره غير نافذ فى حق مالك الرقبة .

وإذا كـــان هناك حق ارتفاق مقرر لمصلحة العقار المنتفع به ، فليس للمنتفع النزول عن حق الارتفاق ، وإنما كل ما يملكه فى هذا الصـــدد هـــو التعهد بعدم استعماله ولاينفذ هذا التعهد فى حق مالك الرقبة . ولكن إذا كنا بصدد شبه انتفاع ، كان للمنتفع التصرف فى الرقبة على أن يرد مثلها أو قيمتها عند نهاية الانتفاع [١].

ولما كان حق الانتفاع ليس من الحقوق اللصيقة بصاحبها ، فإنه يجـــوز للمنـــتفع أن ينزل عن حق الانتفاع للغير دون إذن المالك وذلك ما لم يكن فى السند المقرر لحق الانتفاع ما يمنع من ذلك .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٦ ص ٥١٨ .

فــيجوز للمنتفع أن ينزل عن حق الانتفاع سواء بمقابل أو بغير مقابل . فيجوز له بيعه أو المقايضة عليه أو جعله حصة فى شركة أو أن يــنزل عنه لدائنه مقابلا لوفاء الدين. وله أن يهبه مع مراعاة قواعــد الشكلية والتسجيل إذا وقع حق الانتفاع على العقار . وليس له أن يوصى به لأن حق الانتفاع ينتهى حتما بوفاة المنتفع .

وإذا نزل المنتفع عن حقه لغيره ، فإنما ينزل عنه بما يقترن به من أوصاف وما يتهدده من أسباب الانقضاء . وعلى ذلك إذا انتهى حق الانتفاع الأصلى لانتهاء أجله أو لموت المنتفع زال بالتالى حق المتــنازل إلــيه . فحق المتنازل إليه موقوت بحياة المنتفع الأصلى لابحياته هو .

ونــزول المنــتفع عن حقه للغير لا يخلصه من الالتزامات التى يلــتزم بها أمام مالك الرقبة ، فمالك الرقبة يعتبر أجنبيا بالنسبة لهذا النزول ، ولذلك وجب ألا يضار بسببه بأى وجه من الوجود [1].

وكما يجوز النزول عن حق الانتفاع ، يجوز كذلك الحجز عليه من دائنى المنتفع ، وهذا ما لم يشترط عدم النزول عن الحق وعدم جواز الحجز عليه [2].

---

(١) الســنهورى ص ١٦٧٤ وما بعدها – عبد المنعم البدراوى ص ٢٧١- نبيل سعد ص ٢٣٤ .

(٢) السنهورى ص ١٦٧٥ – رمضان أبو السعود ص ٥٢٠ .

٣٤١ـ رابعا : القيام بالأعمال التحفظية :

يستطيع المنتفع القيام بالأعمال التحفظية ، ويعتبر فى ذلك نائبا عن مالك الرقبة . وله بناء على ذلك قطع التقادم السارى ضد المالك[1].

٣٤٢ـ إقامة المنتفع بناء أو غراس على العقار محل الانتفاع :

كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى يشتمل على مادة برقم (١٢٤٢) تنص على أن :

" ليس للمنتفع أن يحدث أى بناء أو غراس بغير رضاء المالك ، وعليه أن يثبت هذا الرضاء بالكتابة أو بما يقوم مقامها " . إلا أن لجنة المراجعة حذفت هذا النص دون بيان أسباب هذا الحذف[2]. ويبدو أنها اكتفت بالقواعد العامة .

والقواعد العامة فى هذا الشأن تفرق بين فرضين :

الفرض الأول :

أن يكون المنتفع قد حصل على ترخيص من المالك بإقامة البناء أو الغراس .

وحينئذ يعتبر المنتفع قد بنى أو غرس بحسن النية ، وذلك تسرى عليه أحكام المادتين ٩٢٥، ٩٢٦ مدنى ، فيتملك صاحب

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ٢٦٩ – محمد كامل مرسى ص ٣٠٤ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٦ ص ٥٣٦ هامش (١) .

الرقـــبة البناء أو الغراس بالالتصاق ، وعليه أن يدفع للمنتفع أدنى القيمتين ، قيمة المواد وأجر العمل أو قيمة زيادة ثمن الأرض بسبب البناء أو الغراس . وللمنتفع إذا شاء أن يطلب نزع البناء أو الغراس من الأرض على أن يعيدها إلى أصلها ، ولكن ليس لمالك الرقبة أن يطلب إزالة البناء أو الغراس .

ويقع على عاتق المنتفع إثبات حصوله على الترخيص بالبناء أو الغراس .

ويتبع في الإثبات القواعد العامة .

الفرض الثانى :

أن يكـــون المنـــتفع قد أقام البناء أو الغراس دون ترخيص من المالك .

وحينـــئذ يعتـــبر المنتفع سئ النية ، وتسرى عليه أحكام المادة ٩٢٤ مدنى . فيجوز للمالك أن يطلب إزالة البناء أو الغراس ، وإلا تملكــه بالالتصـــاق علـــى أن يدفـــع أدنى القيمتين : قيمة البناء أو الغراس مستحق الإزالة أو قيمة مازاد في ثمن الأرض بسبب البناء أو الغراس [١].

(راجع في التفصيل شـــرح المواد ٩٢٤ ، ٩٢٥ ، ٩٢٦ مدنى)

---

(١) السنهورى ص ١٧١٨ وما بعدها .

٣٤٣ـ الدعاوى التى يباشرها المنتفع :

هـناك نوعـان مـن الدعاوى يباشرهما المنتفع : النوع الأول ينصـب على الدعاوى المتعلقة بحق الانتفاع نفسه ، والنوع الثانى يتعلق بالحقوق التى يتضمنها حق الانتفاع .

ونعرض لهما فيما يلى :

النوع الأول من الدعاوى :

يتمثل هذا النوع في رفع المنتفع الدعاوى الآتية :

١– دعوى الإقرار بحق الانتفاع :

وهى الدعوى التى تقابل دعوى الاستحقاق في الملكية وبموجبها يسـتطيع أن يطالـب بالشـئ محل الانتفاع من أى حائز له . كما يستطيع استعمال هذه الدعوى ضد المالك عند الاقتضاء [١].

٢– دعاوى الحيازة :

يجـوز للمنـتفع رفع كافة دعاوى الحيازة لأن المنتفع وإن كان حائـزا مجـردا ،النسـبة لملكية الشئ ، إلا أنه حائز بالنسبة لحق الانتفاع . فالحيازة المنصبة على الملكية إنما تكون لمالك الرقبة أما حيازة الحق فهى للمنتفع . فالمنتفع يحوز الحق لحسابه الخاص .

ويستطيع المنتفع رفع دعاوى الحيازة حتى ضد مالك الرقبة إذا تعرض له في انتفاعه أو انتزع منه تلك الحيازة [٢].

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ٢٧٠ .

(٢) السنهورى ص ١٦٧٨ هامش (٢) – رمضان أبو السعود ص ٥٢٠.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" المنتفع وإن جاز له في القانون أن يحمى حيازته لحق الانتفاع بدعـاوى الحيازة ، إلا أنه يتعين أن يثبت بداءة أن العقار المطلوب دفـع العـدوان عن حيازته مثقل بحق عيني اكتسبه رافع الدعوى بسـبب مـن الأسـباب المقـررة بالمادة ٩٨٥ من القانون المدنى لاكتسـاب حـق الانـتفاع ، لما كان ذلك وكان البين من الأوراق ومدونـات الحكم المطعون فيه أن الأرض محل التداعى من أملاك الدولـة الخاصـة الـتى تـزرع خفية وأثبت الخبير في تقريره أن الطاعن ليس إلا مجرد واضع يد عليها وقيد اسمه بسجلات مصلحة الأملاك باعتباره مستغلا للأرض بطريق الخفية ، وكان الطاعن لم يقـدم إلـى محكمـة الموضوع ثمة دليل يفيد حصول تصرف من الحكومـة في أرضها اكتسب بمقتضاه حقا عينيا بالانتفاع ، فإنه لا يكون صحيحا ما يثيره في النعى من الادعاء بحيازتها على سند من قيام هذا الحق ".

(طعن رقم ٤٥٢ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٧/١١/٢٦)

وإذا نجـح المنتفع في دعوى الحيازة التى يرفعها على المالك ، جـاز لـه أن يحتج بهذه الحيازة ، فتقوم قرينة لصالحه على أنه هو صاحب حق الانتفاع إلى أن يثبت المالك عكس ذلك [١].

---

(١) السنهورى ص ١٦٧٨ هامش (٢) .

٣- الدعوى الشخصية بالتسليم :

يجــوز للمنتفع رفع الدعوى الشخصية بالتسليم ، يستند فيها إلى السـند المنشئ لحقه ، ويرفعها ضد منشئ الحق أو ورثته للمطالبة بتسليم الأشياء المقرر عليها الانتفاع [١].

٤- دعوى تعيين الحدود :

للمنتفع رفع دعوى تعيين الحدود لأن له – كما للمالك- مصلحة في بيان حدود العقار الذى يستعمل عليه حقه .

٥- دعوى القسمة :

للمنتفع الحق في رفع دعوى القسمة في حالة ما إذا كان الانتفاع شـائعا بيـنه وبيـن الغـير . وسواء كان هذا الغير منتفعا معه أو مالكا[٢].

وعلـيه إدخال مالك الرقبة في هذه الدعوى ، والدعوى السابقة وهـى دعـوى تعيين الحدود وإلا ترتب على ذلك ألا يكون الحكم الصادر فيهما حجة عليه [٣].

والنوع الثانى :

هو الدعاوىالخاصة بحماية الحقوق التى يتضمنها حق الانتفاع، مثل دعوى إلزام المدينين بالحقوق المنتفع بها لكى يستوفيها منهم ، ويعد مسئولا عنها قبل المالك .

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ٢٧٠ .
(٢) رمضان أبو السعود ص ٥٢٠ – عبد المنعم البدراوى ص ٥٢٠.
(٣) السنهورى ص ١٦٧٨ – رمضان أبو السعود ص٥٢٠ وما بعدها .

وكــذا رفع دعاوى التأمينات التى تضمن هذه الحقوق كرهن أو امتــياز أو كفالـــة أو غــيرها من الدعاوى المتصلة بالحقوق محل الانتفاع [١].

(١) السنهورى ص ١٦٧٩ – رمضان أبو السعود ص ٥٢١ .

مادة (٩٨٩)

١- المنتفع ملزم أثناء انتفاعه بكل ما يفرض على العين المنتفع بها من التكاليف المعتادة ، وبكل النفقات التى تقتضيها أعمال الصيانة .

٢- أما التكاليف غير المعتادة والإصلاحات الجسيمة التى لم تنشأ عن خطأ المنتفع فإنها تكون على المالك ، ويلتزم المنتفع بأن يؤدى للمالك فوائد ما أنفقه في ذلك . فإن كان المنتفع هو الذى قام بالإنفاق كان له استرداد رأس المال عند انتهاء حق الانتفاع .

الشرح

٣٤٤- التزام المنتفع بالتكاليف المعتادة :

يلتزم المنتفع طوال مدة انتفاعه بكل ما يفرض على العين المنتفع بها من التكاليف المعتادة .

ويقصد بالتكاليف المعتادة (charges ordinaires) التكاليف التى تفرض عادة على العين المنتفع بها والتى تدفع من الثمار ، مثل تكاليف إدارة الشئ فهى ضرورية للحصول على الثمار والضرائب العقارية والرسوم بأنواعها المفروضة على العين، كالضرائب العقارية الأصلية وضريبة الخفر .

وسنرى أن تكاليف الصيانة تدخل في التكاليف المعتادة ، ولذلك يتحملها المنتفع جميعها .

غير أنه لايوجد ما يحول دون الاتفاق بين المالك والمنتفع على أن يتحمل الأول هذه التكاليف[1] .

٣٤٥ـ التزام المنتفع بنفقات الصيانة :

يلــتزم المنــتفع بكل النفقات التى تقتضيها أعمال الصيانة طول انتفاعه .

والمقصــود بنفقات الصيانة ، النفقات التى تدفع عادة من الثمار ويحــتمها الاســتعمال أو الاستغلال العادى لمن له سلطة الإدارة . ويدخل فيها بالنسبة للبناء إعادة بياضه أو تجديد سلمه أو أرضيته ، فتتســع نفقــات الصــيانة عن الترميمات التأجيرية التى يلتزم بها المستأجر .

ويعتــبر التزام المنتفع بالصيانة نتيجة لالتزامه باستعمال الشئ كما يستعمله مالكه من ناحية ومقابلا للثمار التى يجنيها لأن صيانة الشئ تدفع عادة من ريعه من ناحية أخرى .

ويرتبط الالتزام بالصيانة بالانتفاع بالشئ فيبدأ وينتهى معه .

٣٤٦ـ التزام المالك بالتكاليف والإصلاحات الجسيمة :

يلــتزم المــالك بالتكاليف والإصلاحات الجسيمة اللازمة للشئ محــل الانــتفاع . طالمــا أنها لم تنشأ عن خطأ المنتفع والمقصود بالتكالــيف غير المعتادة تلك التى تفرض على العين والتى لايمكن

---

(١) السنهورى ص ١٦٨٧ - رمضان أبو السعود ص ٥٢٢ ومابعدها .

القول بأنها تؤدى في العادة من إيرادها . وهى لذلك لاتعتبر تكاليف علـــى الإيراد أو الثمار. ومثلها القروض الجبرية التى قد تفرضها الدولـــة ، والأقســـاط المفروضـــة على المالك والمضمونة بالعين والواجب دفعها لأحد البنوك العقارية . وباقى المبالغ الواجب دفعها مـــن ثمن الأسهم المنتفع بها إذا كان مالكها لم يقم عند بدء الانتفاع بوفـــاء قيمـــتها كاملة وقت الاكتتاب بها . وكذلك مصاريف دعوى وضع الحدود [١].

ولمـــا كـــان القانون لم يعرف الإصلاحات الجسيمة فإنه يمكن الاهـــتداء فـــي هذا الخصوص بنص المادة (٦٠٦) من المجموعة المدنـــية الفرنسية ، والتى أوضحت ما يعد من النفقات الجسيمة وما يعـــد مـــن نفقات الصيانة وهى تقرر أن الإصلاحات الجسيمة هى إصـــلاحات الجـــدران الرئيسية والقباب وأخشاب السقف والأسقف بتمامها والجسور ودعائم البناء وجدر الأسوار بتمامها .

وواضح من ذلك أن الإصلاحات الجسيمة هى الإصلاحات التى تحـــتاج إلى مبالغ كبيرة تجاوز في العادة الإيراد الناتج من الشئ ، وهى أعمال تقتضى إعادة الإنشاء أو إعادة البناء [٢].

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ٢٨١ وما بعدها ص ٥٩٥ وما بعدها .

(٢) عـــبد المنعم البدراوى ص ٢٧٩ وما بعدها – محمود جمال الدين زكى ص ٥١٦.

فـــإذا كانـــت الإصلاحات الجسيمة قد نشأت عن خطأ المنتفع ، كإهماله في القيام بأعمال الصيانة المعتادة فترة طويلة ، فإن المنتفع هو الذى يلزم بنفقات هَذه الإصلاحات .

٢٤٧ـ هـل يمكـن إجـبار المـالك عـلى القـيام بالإصـلاحات الجسيمة؟

لـــم يلـــزم القـــانون مـــالك الرقبة بالقيام بالإصلاحات الجسيمة اللازمة للعين .

وفـــى هـــذا يختلف الانتفاع عن الإيجار، إذ يلتزم المؤجر بأن يتعهد العين المؤجرة بالصيانة وبالقيام بجميع الترميمات الضرورية (م٥٦٧/١ مدنى) . أما مالك الرقبة فهو لا يلتزم بشئ نحو المنتفع. ولكن المنتفع يلتزم على أى حال بإخبار المالك عن حاجة الشئ إلى الإصـــلاحات الجسيمة (م٩٩١ مدنى) . وهو إذا أخبره بذلك أو علم بـــه المالك من تلقاء نفسه كان حرا فى أن يقوم بها أولا يقوم . فإذا رأى القيام بها محافظة على العين فهو الذى يتحمل نفقاتها ولكن لما كان المالك غير ملزم أمام المنتفع بالقيام بها فإنه يكون له الحق في أن يقتضـــى مـــن المنتفع طوال مدة الانتفاع فوائد هذه النفقات التى أنفقها محسوبة بالسعر القانونى .

فإذا لم يقم المالك بهذه الإصلاحات ، جاز للمنتفع القيام بها هو حتى يستكمل انتفاعه بالعين . فإذا قام بها كان له الحق في استرداد

رأس المـــال الـــذى أنفقـــه عـــند انتهاء حق الانتفاع ، ولايجوز له اســـترداده فـــي الحال لأن المالك كما ذكرنا غير ملزم بالقيام بهذه الإصلاحات.

والمنـــتفع يسترد رأس المال الذى دفعه أى دون فوائد ، فيكون بذلك قد تحمل فوائده طوال مدة الانتفاع [١].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" مصـــاريف الصيانة والإدارة على المنتفع . أما التكاليف غير المعـــتادة والإصـــلاحات الجســـيمة فعلى المنتفع أيضا إذا كانت قد نشـــأت عـــن خطـــئه ، وإلا فإن صاحب الرقبة هو الذى يتحملها ، وليس معنى ذلك أنه ملزم بها فإنه بخلاف المؤجر لايلتزم بشئ نحو المنـــتفع . ولكن إذا رأى وجوب القيام بها محافظة على العين فهو الـــذى يـــتحمل نفقاتهـــا . ويدفع المنتفع فوائد هذه النفقات بالسعر القـــانونى طـــول مـــدة الانـــتفاع . وإذا لـــم يقـــم صاحب الرقبة بالإصـــلاحات الجســـيمة جاز للمنتفع أن يقوم هو بها حتى يستكمل انتفاعه بالعين ، وله أن يسترد المال عند انتهاء حق الانتفاع" [٢].

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ٢٨٠ وما بعدها – نبيل سعد ص ٢٤١.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٦ ص ٥٤١.

مـــادة (٩٩٠)

١- علـــى المنتفع أن يبذل من العناية في حفظ الشئ ما يبذله الشخص المعتاد .

٢- وهو مسئول عن هلاك الشئ ولو بسبب أجنبى إذا كان قد تأخر رده إلى صاحبه بعد انتهاء حق الانتفاع .

الشـــرح

٣٤٨ـ التزام المنتفع بحفظ الشئ التزام ببذل عنايـة :

يلــتزم المنتفع بالمحافظة على الشئ محل الانتفاع . وهو التزام ببذل عناية لابتحقيق غاية .

فــالمطلوب من المنتفع في القيام بالتزامه بالمحافظة على الشئ أن يــبذل عناية الشخص المعتاد ، وذلك سواء أكان قد حصل على حق الانتفاع معاوضة أم تبرعا . فالخطأ الذى يسأل عنه المنتفع في حفــظ الشئ هو أن ينحرف في المحافظة عليه عن السلوك المألوف للشخص العادى [1]. فلا يطلب منه أن يكون شديد الحرص أو شديد الإهمال.

فمعــيار مسئوليته هو إذن معيار مادى لا شخصى . فلا يصح النظر إلى حالته الشخصية ومقدرته الخاصة [2].

---

(١) السنهورى ص ١٦٩٢ – محمد لبيب شنب ص ٣٩٤ .

(٢) عبد المنع البدراوى ص ٢٧٨ .

ويترتب على ذلك أنه إذ أخل المنتفع بهذا الالتزام ، بأن لم يبذل أيــة عــناية في المحافظة على الشئ ، أو بذل عناية تقل عما يَبذله الشــخص المعتاد ، وترتب على ذلك هلاك الشئ أو تلفه فإنه يكون مسئولا عن ذلك . وللمالك مطالبته بالتعويض .

ويقــع علــى عاتق مالك الرقبة إثبات أن التلف أو الهلاك الذى لحــق بالشئ يرجع إلى خطأ المنتفع أى بعدم قيام المنتفع ببذل القدر الواجــب مــن العناية في المحافظة على الشئ وهى عناية الرجل المعتاد [1].

ومــن أمثلة إخــلال المنتفع بالتزامــه بالمحافظة على الشئ ما يأتى :

١- إنهــاك ســيارة نقل بما يعود عليه بربح وفير مما يترتب عليه تلف أو هلاك بالسيارة .

٢- إنهاك الأرض الزراعية بغرس أشجار أو زراعة محاصيل تدر عليه دخلا وفيرا .

٣- إتــلاف أبواب ونوافذ الدار التى ينتفع بها أو إلحاق ضرر غير مألوف بها .

---

(١) محمد لبيب شنب ص ٣٩٤ - رمضان أبو السعود ٧٢٤.

٤- عـــدم القيام بأعمال الصيانة اللازمة للمحافظة على سلامة الدار وما يلحق بها من أنابيب المياه والغاز والأحواض وغيرها .

٥- عدم دفع أقساط التأمين المستحقة على العين إذا كان المالك قد أمن عليها .

ولكـــن المنتفع لايلتزم بالتأمين على العين من الحريق ، ومن ثم لايعتبر عدم التأمين عليها منه خطأ يرتب مسئوليته قبل المالك(١) .

٦- عـــدم المـــبادرة إلى إخطار مالك الرقبة بكل ما تتعرض له العين من أخطار حتى يتسنى لهذا الأخير اتخاذ الإجراءات اللازمة للوقاية من الخطر (٢).

ولايكون المنتفع مسئولا عن إعادة البناء الذى تهدم بسبب فجائى أو بسبب القدم ، طالما لم يحدث نتيجة خطأ من جانب المنتفع .

ومـــالك الرقبة هو أيضا غير مسئول عنه ، وإذا هو أعاد البناء أو قـــام بالإصلاحات الجسيمة فإن له أن يرجع بفوائد التكاليف التى أنفقها على المنتفع طول مدة الانتفاع (٣).

---

(١) محمود جمال الدين زكى ص ٤٩٧.

(٢) محمد على عمران ص ٣٧١ .

(٣) محمد كامل مرسى ص ٣١٥ – السنهورى ص ١٦٩٤ وما بعدها .

٣٤٩ـ تخلص المنتفع من التزامه بالصيانة والحفظ بالتخلى عن حق الانتفاع :

يجوز للمنتفع التخلص من التزامه بصيانة الشئ ومن التزامه بحفظه ، إذا تخلى هو عن حقه فى الانتفاع . على أن هذا التخلى لايحدث أثره إلا بالنسبة للمستقبل ، أما الأعمال التى كانت واجبة على المنتفع قبل التخلى فيظل ملتزما بها ولايعفيه من ذلك أن يقوم برد الثمار التى قبضها [١].

٣٥٠ـ مسئولية المنتفع عن هلاك الشئ إذا تأخر عن رده :

يسأل المنتفع عن هلاك الشئ ولو بسبب أجنبى إذا كان قد تأخر عن رده إلى المالك بعد انتهاء حق الانتفاع. وهو مسئول عن هذا النحو ولو كان المالك لم يطالبه بالرد . فحلول أجل الانتفاع دون رد الشئ يجعل المنتفع مسئولا عن الهلاك مهما كان سببه دون حاجة إلى إعذار .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" على المنتفع أيضا أن يحافظ على الشئ ويبذل من العناية فى ذلك ما يبذله الشخص المعتاد . فإن انتهى حق الانتفاع وجب عليه الرد ، فإذا تأخر الرد وهلك الشئ ، ولو بسبب أجنبى ، كان مسئولا عن الهلاك حتى لو كان المالك لم يطالب بالرد " [٢].

---

(١) محمد كامل ص ٣١٤ – رمضان أبو السعود ص ٥٢٤ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٦ ص ٥٤٣ .

مــادة (٩٩١)

إذا هلــك الشـــئ أو تلف أو احتاج إلى إصلاحات جسيمة مما يجــب على المالك أن يتحمل نفقاته ، أو إلى اتخاذ إجراء يقيه من خطــر لــم يكن منظورا ، فعلى المنتفع أن يبادر بإخطار المالك . وعلــيه إخطــاره أيضا إذا استمسك أجنبى بحق يدعيه على الشئ نفسه .

الشــــرح

٣٥١ـ واجب المنتفع بإخطار المالك فى بعض الحالات :

يدخل فى التزام المنتفع بحفظ الشئ الــذى نصـــت عليه المادة (٩٩٠) أن يخطـــر المالك ليقوم بالتدخل إذا رأى ذلك فى الحالات الآتية :

١- إذا هلــك الشئ أو تلف لسبب لا يرجع إلى المنتفع ، كسبب أجنبى أو إلى القدم .

٢- إذا احـــتاج الشـــئ إلـــى إصلاحات جسيمة مما يجب على المالك أن يتحمل نفقاته .

٣- إذا احـــتاج الشـــئ إلى اتخاذ إجراء يقيه من خطر لم يكن مـــنظورا ، كســـقوط اللصـــوص عليه أواستيلاء الإدارة عليه، ولو استيلاء مؤقتا ، أو خربته غارة جوية .

٤- إذا ادعـــى أجنبى بحق لنفسه على الشئ ولو لم يستول فعلا عليه .

وليس للإخطار شكل خاص فقد يكون بإنذار على يد محضر أو بكتاب مسجل أو بكتاب عادى، أو حتى شفاهة على أن يثبت المنتفع قيامه بهذا الإخطار .

فـــإذا لـــم يقـــم المنتفع بالإخطار المشار إليه ، كان مسئولا عن الضرر الذى يلحق بالمالك، نتيجة عدم المبادرة بالإخطار .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"يجـــب على المنتفع أن يبادر بإخطار صاحب الرقبة إذا هلكت العيـن أو تلفـــت أو احتاجت إلى إصلاحات جسيمة ، أو إلى اتخاذ إجـــراء يقيها من خطر لم يكن منظورا ، أو إذا اغتصب أجنبى حقا علـــيها ، فـــإن لـــم يفعل ، وأصاب صاحب الرقبة ضرر من هذا الإهمال كان المنتفع مسئولا عن تقصيره " [١].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٦ ص ٥٤٥ .

مـــادة (٩٩٢)

١- إذا كـــان المـــال المقرر عليه حق الانتفاع منقولا ، وجب جـــرده ولـــزم المنـــتفع تقديم كفالة به ، فإذا لم يقدمها بيع المال المذكور ووظف ثمنه فى شراء سندات عامة يستولى المنتفع على أرباحها.

٢- وللمنـــتفع الـــذى قـــدم الكفالة أن يستعمل الأشياء القابلة للاستهلاك، وإنما عليه أن يرد بدلها عند انتهاء حقه فى الانتفاع، وله نتاج المواشى بعد أن يعـــوض منها ما نفق من الأصل بحادث مفاجئ .

الشـــــرح

٣٥٢ـ الالتزام بجرد المنقول :

إذا كان الشئ المقرر عليه حق الانتفاع منقولا ، وجب جرده ، أما إذا كان الشئ عقارا فلا يلزم جرده .

وقصر الشارع الجرد على المنقول دون العقار استنادا على أن المنقولات أكثر تعرضا للضياع والتلف ، وأن العقار لايخشى عليه وقل أن يحدث في ذاتيته أو في قيمته خلاف(١) .

---

(١) وينـــتقد الـــبعض قصـــر الجرد على المنقول دون العقار لأنه قد يحدث خـــلاف عند انتهاء حق الانتفاع في تحديد الحالة التى كان عليها العقار وقت بدئه (محمود جمال الدين زكى ص ٥٩٠) .

ويقصد بالجرد تحرير محضر يثبت فيه نوع المنقول وأوصافه وحالـــته وقــت بدء الانتفاع . وليس من الضرورى أن يشمل تقويم الأشــياء الموصوفة. وإذا ذكرت في الجرد قيمة المنقولات فلا يفيد ذلك انتقال ملكيتها إلى المنتفع ، إلا إذا كان هذا هو قصد المتعاقدين الصريح أو الضمنى .

علـــى أن تقويم المنقولات يساعد على تعيين التعويض الواجب دفعـــه عـــند انـــتهاء حـــق الانـــتفاع على المنقولات التى لايردها المنتفع(١).

ولم يستلزم الشارع شكلا معينا في محضر الجرد ، فلا يشترط أن يكون في ورقة رسمية بل يكفى أن يكون في ورقة عرفية(٢) .

إنما يجب أن يوقع عليه من المالك والمنتفع .

ونفقـــات الجرد على المنتفع لأنه هو الذى يقع على عاتقه قانونا القيام بهذا الجرد(٣) .

---

(١) محمد كامل مرسى ص ٣٠٧ – محمود جمال الدين زكى ص ٥٩٠.

(٢) يوجـــب القـــانون الفرنسى تحرير محضر الجرد في ورقة رسمية ما لم يعف المنتفع من هذه الرسمية أو يعفى من محضر الجرد أصلا .

(٣) محمد كامل مرسى ص ٣٠٧ – عبد المنعم البدراوى ص ٧٤ .

وسبب اشتراط الجرد هو معرفة ما يجب رده عند انتهاء الانتفاع ، وانتفاء سوء نية المنتفع ، لاحتمال إنكاره تسلم بعض الأشياء والادعاء بتسلمها بحالة سيئة [1].

٣٥٣ـ الالتزام بتقديم كفالة :

أوجبت المادة على المنتفع بعد إجراء الجرد تقديم كفالة لمالك الرقبة .

والقصد من هذه الكفالة ، من ناحية – ضمان المنتفع في التزاماته أمام المالك ، وعلى الخصوص في التزامه باستعمال الشئ والانتفاع به ومن ناحية أخرى احتمال تبديد المنتفع الشئ المقرر عليه حق الانتفاع أو إتلافه ، والخوف من عدم قيامه بتعويض الضرر إذا كان معسرا .

ويجب أن يكون الكفيل موسرا ومقيما في مصر (م٧٧٤مدنى).

ويجوز للمنتفع أن يقدم عوضا عن الكفيل تأمينا عينيا كافيا (م٧٧٤ مدنى) كرهن رسمى أو حيازى [2].

ويجوز إعفاء المنتفع من تقديم الكفالة إذا اتفق على ذلك ، فقد رأينا أن المادة ٩٨٦ تنص على أن يراعى في حقوق المنتفع والتزاماته السند الذى أنشأ حق الانتفاع ، وكذلك الأحكام المقررة في المواد التى تليها .

---

(١) محمد كامل مرسى ص ٣٠٦ .

(٢) محمد كامل مرسى ص ٣٠٧ – محمد لبيب شنب ص ٣٩٥ .

وإذا كانـــت الســـندات المنتفع بها سندات لحاملها ، فإن تحويلها إلـــى ســـندات اسمية تسجل باسم مالك الرقبة بالنسبة للرقبة وباسم المنـــتفع بالنســـبة إلـــى حق الانتفاع ، يكون ضمانا كافيا ، ويعفى المنتفع من تقديم كفالة (١).

٣٥٤ـ استعمال المنتفع الأشياء القابلة للاستهلاك :

للمنتفع الذى قدم الكفالة أن يستعمل الأشياء القابلة للاستهلاك ، وإنما عليه أن يرد بدلها عند انتهاء حقه في الانتفاع .

وهـــذا الحكم يتمشى مع نظرية شبه حق الانتفاع التى تناولناها فيما سلف .

٣٥٥ـ انتفاع المنتفع بالمواشى :

تنص الفقرة الثانية من المادة ٩٩٢ على أن :

" وللمنـــتفع .... وله نتاج المواشى بعد أن يعوض منها ما نفق من الأصل بحادث مفاجئ " .

ويذهب الفقه إلى أن هذا النص يتناول حق الانتفاع الذى يترتب علـــى قطـــيع من المواشى والأغنام والإبل ، ويرد عليها كمجموع فعلـــى مـــن المـــال ، فلا يرد على كل رأس على حدة مستقل عن الرؤوس الأخرى (٢).

---

(١) السنهورى ص ١٦٩٩ .

(٢) السنهورى ص ١٦٦٤ – محمود جمال الدين زكى ص ٥٨٦- رمضان أبو السعود ص ٥١٦ .

فـيكون مـن حـق المنـتفع الحصـول على ألبانها وأصوافها واستخدام القطيع في تسميد الأرض، كما يكون له نتاج هذا القطيع، ولكـن بعـد أن يعوض منه ما نفق من القطيع بحادث مفاجئ ، فلا يسـتحق حينـئذ من ذلك النتاج إلا ما يبقى منه بعد هذا التعويض. وهذا يؤكد أن النتاج يعد مندمجا في مجموع القطيع . ولايشترط أن يكون التعويض من النتاج الذى يوجد بعد نفوق ما نفق من الأصل، بـل يكـون أيضا من النتاج الذى وجد قبل ذلك ، بل ومن ثمن هذا النـتاج إذا مـا تصـرف فـيه المنتفع وقت أن كان أصل القطيع كاملا[1].

وإلـزام المنتفع باستعاضة ما نفق من الأصل سببه أن ما هلك مـن المواشـى إنما أصيب في مدة استعماله لها ، وليس هناك من ضـرر كبـير عليه من استعاضة تأتى من الزيادة التى تحصل من النتاج .

أمـا إذا لم تحصل زيادة فلا يكون مسئولا عن تعويض ما ينفق منها إلا إذا كان هلاكها حصل بتقصيره [2].

أمـا إذا كـان النفوق بخطأ الغير أو خطأ المنتفع ذاته كان هذا الغـير أو المنتفع هو المسئول عن التعويض كاملا ولو زاد ما أنفق على مقدار النتاج .

---

(١) السنهورى ص ١٦٦٤ وما بعدها - رمضان أبو السعود ص ٥١٦.

(٢) محمد كامل مرسى ص ٣١٧ .

وإذا نفق القطيع كله بحادث مفاجئ أو بمرض دون خطأ من المنتفع ، فلا يكون المنتفع ملزما قبل المالك إلا برد الجلود أو قيمتها . وللمنتفع أن يتصرف في القطيع إذا أصبح غير صالح لما أعد له من نتاج على أن يعوض ما تصرف فيه منها بنتاج القطيع أو ثمن هذا النتاج .

غير أن القطيع إذا كان ملحقا بأرض زراعية ورد عليها حق الانتفاع ، وجب اعتباره تابعا للأرض لا مستقلا بذاته . ولا يكون للمنتفع حق في نتاجه إلا بعد أن يعزز القطيع بالنتاج الضروري لحاجات الاستغلال الذي أعدت الأرض له (١).

٣٥٦ـ جزاء عدم القيام بالجرد :

لم يبين القانون الجزاء المترتب على عدم القيام بالجرد . ولذا وجب تطبيق القواعد العامة . فلمالك الرقبة أن يمتنع عن تسليم المنقولات إلى المنتفع حتى يقوم بهذا الجرد (٢).

٣٥٧ـ جزاء عدم تقديم المنتفع الكفالة :

تنص الفقرة الأولى من المادة في عجزها على أن : " فإن لم يقدمها بيع المال المذكور ووظف ثمنه في شراء سندات عامة يستولى المنتفع على أرباحها " .

---

(١) محمود جمال الدين زكي ص ٥٨٧- رمضان أبو السعود ص ٥١٧.

(٢) السنهوري ص ١٦٩٨- عبد المنعم البدراوي ص ٢٧٦- محمد لبيب شنب ص ٣٩٥ .

ومفـــاد ذلـــك أن المنـــتفع إذا امتنع عن تقديم الكفالة أو التأمين العيـــنى الكـــافى ، جـــاز لمـــالك الرقبة أن يطلب من المحكمة بيع المـــنقولات، حـــتى ولو لم تكن تهلك بمجرد الاستعمال ، ويوظف ثمـــنها في شراء سندات عامة أى سندات للحكومة أو إحدى الهيئات العامـــة ، ويكون للمنتفع الاستيلاء على الربح الناتج منها باعتباره ثمرة لها . وذلك طول مدة الانتفاع . أما بعد انتهاء هذه المدة فتكون الأرباح من حق المالك لأنه يصبح مالكا للسندات ملكية تامة(١).

غـــير أنه لايدخل في هذه الأرباح ما عسى أن يكسب السند من جائزة ، بل الجائزة تكون من حق مالك الرقبة .

ومـــن الطبيعى أنه إذا كان يدخل في الانتفاع نقود فإنها توظف هى الأخرى على النحو المتقدم (٢).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" فـــي حـــق الانتفاع بالمنقول يلتزم المنتفع ، فوق ما تقدم ، أن يجرد الشئ وأن يقدم كفالة به شخصية أو عينية ، وإلا بيع المنقول ووظـــف ثمنه في شراء سندات عامة (أى للحكومة) يستولى المنتفع علـــى أرباحها . ولايدخل في هذه الأرباح ما عسى أن يكسبه السند من جائزة كما يقع في بعض الأحيان .... الخ " .

---

(١) توفـــيق فـــرج ص ٣٢١- عبد المنعم البدراوى ص ٢٧٥ ومابعدها - محمد لبيب شنب ص ٣٩٥ .

(٢) السنهورى ص ١٧٠٠ - محمد لبيب شنب ص ٣٩٦.

٣٥٨ـ وضع مالك الرقبة في أثناء قيام حق الانتفاع :

١ـ التزام مالك الرقبة بعدم تعطيل حق الانتفاع :

وإن كان حق الانتفاع لايوجب أى التزام إيجابى على عاتق مالك الرقبة قبل المنتفع ، وبصفة خاصة لايلتزم المالك بتمكين المنتفع من الانتفاع ، وكل ما عليه هو أن يتركه يمارس انتفاعه.

إلا أنه لايجوز لمالك الرقبة تعطيل حق الانتفاع أو إنقاص السلطات التى يخولها لصاحبه ، كأن يغير في العين بإقامة أبنية جديدة ، أو تعليته الأبنية القائمة أو بتقرير حق انتفاع على الشئ ينشأ عنه نقصان المنفعة بالنسبة إلى صاحب حق الانتفاع . وليس أساس ذلك التزام بالضمان في ذمة المالك بل يرجع إلى الحق العينى الذى للمنتفع والذى له أن يحتج به في مواجهة الكافة ، ولايجوز لأحد أن يعتدى عليه .

على أن امتناع مالك الرقبة عن كل ما من شأنه المساس بسلطات المنتفع يجد حدوده في حقه في المحافظة على العين ومن ثم يجوز له أن يقوم بجميع الأعمال المادية التى من شأنها المحافظة على الشئ ، ولو ترتب على القيام بها تعطيل أو إنقاص الانتفاع بها وله على وجه الخصوص أن يقوم بالإصلاحات الجسيمة في العين ، ولايستطيع المنتفع منعه من إجرائها ، ولو ترتب على القيام بها

حـرمانه مؤقـتا من الانتفاع ، ولا يجوز له مطالبة المالك بتعويض عن الفترة التى حرم خلالها من انتفاعه [١].

٢ـ التصرف في الرقبة بما لا يتعارض مع حق الانتفاع :

لمـالك الرقبة طيلة قيام حق الانتفاع أن يتصرف في الرقبة بما لايتعارض معه استعمال المنتفع لحقه أو يلحق به ضررا .

فـيجوز لمـالك الرقبة أن يبيعها أو يهبها أو يقدمها حصة في شركة ، وتنتقل الملكية إلى المتصرف إليه ، أما حق الانتفاع فيظل للمنتفع .

ويجـوز للمـالك أن يرتـب عليها حق ارتفاق ، فإذا تعارض اسـتعمال حـق الارتفاق مع انتفاع المنتفع ، لم يجز لمالك العقار المرتفق أن يستعمل حق الارتفاق إلا بعد انتهاء حق الانتفاع [٢].

ولمالك الرقبة أن يرهنها رهنا رسميا، ولدائنيه أن يأخذوا عليها حق اختصاص .

فـإذا بـيع هذا الحق بالمزاد العلنى وفاء لحقوق الدائنين ، فإن الراسى عليه المزاد يتملك الشئ محملا بحق الانتفاع ، فلا تكون له سوى ملكية الرقبة طوال بقاء حق الانتفاع [٣].

---

(١) محمـد كامل مرسى ص ٣١٩ – محمود جـمال الدين زكى ص ٥٦٩ ومابعدها .

(٢) السنهورى ص ١٧٠٢.

(٣) محمد لبيب شنب ص ٣٩٦ – محمود جمال الدين زكى ص ٥٩٨ .

وإذا باع مالك الرقبة الملكية الكاملة للعين ، لم ينفذ هذا البيع في حق المنتفع إلا برضاه . وقد يتفقان على أن يختص كل منهما بجزء مـــن الثمن يتناسب مع قيمة حقه أو أن يبقى الثمن كله لمالك الرقبة علـــى أن يكون للمنتفع فوائده ، إلى نهاية حق الانتفاع أو على أمر آخر يرتضيانه معا (١).

ولكن لايجوز للمالك أن يرهن العين رهنا حيازيا ، لأنه يترتب علـــى هذا النوع من الرهن وضع العين في حيازة الدائن المرتهن ، وهذا يتعارض مع حق المنتفع (٢).

---

(١) السنهورى ص ١٧٠١ هامش (٢) وما بعدها .

(٢) محمد كامل مرسى ص ٣٢٠ .

مـادة (٩٩٣)

١- ينـتهى حق الانتفاع بانقضاء الأجل المعين ، فإن لم يعين له أجل عد مقررا لحياة المنتفع . وهو ينتهى على أى حال بموت المنتفع حتى قبل انقضاء الأجل المعين .

٢- وإذا كانت الأرض المنتفع بها مشغولة عند انقضاء الأجل أو مـوت المنتفع بزرع قائم تركت الأرض للمنتفع أو لورثته إلى حيـن إدارك الزرع ، على أن يدفعوا أجرة الأرض عن هذه الفترة من الزمن .

الشـرح

٣٥٩- انتهاء حق الانتفاع بانتهاء الأجل أو بموت المنتفع :

ذكرنا سلفا أن حق الانتفاع من الحقوق المؤقتة بطبيعتها ، والتى لايمكـن أن يجـاوز أجلها بحال من الأحوال حياة صاحبها . ولهذا فـإن الانـتفاع ينقضى بانقضاء الأجل المحدد له ، متى انقضى هذا الأجل قبل وفاة المنتفع .

وعلـى ذلك إذا حدد السند المنشئ لحق الانتفاع سواء كان عقدا أو وصـية أجـلا لحـق الانتفاع ، انتهى حق الانتفاع بانقضاء هذا الأجل أما إذا مات المنتفع قبل انقضاء هذا الأجل فإن الانتفاع ينتهى بوفاة المنتفع.

أمـــا إذا لـــم يحـــدد لحق الانتفاع أجل اعتبر مقررا لمدى حياة المنتفع وينقضى أيضا بموته ، فحق الانتفاع لا يورث .

وإذا اتفق على ترتيب حق الانتفاع حتى يبلغ شخص أجنبى عن المتعاقديـــن ســـنا معينة فإن حق الانتفاع يبقى حتى هذا الوقت ولو مات هذا الأجنبى قبل بلوغه السن المذكورة (١).

وإذا كـــان حـــق الانتفاع مقررا لجملة أشخاص على الشيوع ، فوفاة أحدهم يترتب عليها انقضاء حق الانتفاع بالنسبة إليه ، وتعود حصـــته إلى مالك الرقبة ، فلا يستفيد منها الباقون ، إلا إذا ورد في سند الانتفاع نص على خلاف ذلك (٢).

كما ينقضى حق الانتفاع بموت المنتفع ولو كان المنتفع قد نزل عـــن حـــق الانـــتفاع للغير ، وكان هذا الغير مازال حيا عند وفاة المنتفع (٣).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " نصـــت المادة ٩٩٣ من القانون المدنى صراحة على أن ينتهى حق الانتفاع بالأجل المعين فإن لم يعين أجل عد مقررا لحياة المنـــتفع وهـــو ينتهى على أى حال بموت المنتفع حتى قبل انقضاء

---

(١) محمد كامل مرسى ص ٣٢٢ وما بعدها .

(٢) محمد وحيد الدين سوار ص ٨١٥ .

(٣) محمد لبيب شنب ص ٣١٧- نبيل سعد ص ١٤٤.

الأجــل المعيــن . وأمام صراحة النص فلا محل للخروج عليه أو تأويلــه وأمام عموميته فلا محل لتخصيصه ويكون الحكم المطعون فــيه قــد التزم صحيح القانون حين قال بسريان هذه الأحكام على جمــيع الأحــوال أيــا كان مصدر حق الانتفاع وسواء أكان قد نشأ بطريق مباشر أو بطريق غير مباشر " .

(طعن رقم ٦٨٥ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٨٠/٧/٥٢٨)

٢- " حــق الملكــية يغاير في طبيعته وحكمه في القانون حق الانــتفاع ، فحــق الملكية هو جماع الحقوق العينية إذ مالك العقار يكون له حق استعماله وحق استغلاله وحق التصرف فيه . فإذا أنشأ هــذا المــالك لآخــر حقا بالانتفاع فإن هذا الحق يجرد الملكية من عنصرى الاستعمال والاستغلال ولايبقى لها إلا العنصر الثالث وهو حق التصرف فتصبح الملكية المثقلة بحق الانتفاع هى ملكية الرقبة فيجتمع فى العقار حقان عينيان ، حق الرقبة للمالك وحــق الانتفاع للمنتفع، وهذا الحق بالانتفاع موقوت ينتهى بانتهاء الأجل المعين له ، فــإن لم يعين له أجل عد مقررا لحياة المنتفع وينتهى على أى حال بموت المنتفع وفقا لما تقضى به المادة ٩٩٣ من القانون المدنى " .

(طعــنان رقما ١٥٨٩ لسنة ٥٥ ، ١٠٩٣ لسنة ٥٣ق جلسة ١٩٨٧/١٢/٣)

٣- " حـق الانتفاع يتقرر للمنتفع من صاحب حق الملكية ومن ثـم فهـو حق عينى في الانتفاع بشئ مملوك للغير بشرط الاحتفاظ بـذات الشئ لرده إلى صاحبه عند نهاية حق الانتفاع الذى يجب أن ينـتهى حتما بموت المنتفع بما لازمه أن يكون المنتفع شخصا آخر غير مالك الرقبة ولايقال لمن يملك المال ملكية كاملة أنه يملك كلا مـن الرقبة وحق الانتفاع بل إن انتفاعه بالمال لايعتبر مباشرة لحق الانتفاع وإنما هو مباشرة لحق الملكية الكاملة " .

(طعـن رقـم ٨٥٨٣ لسنـة ٦٦ ق جلسة ١٥/٤/١٩٩٨- لم ينشر بعد)

٣٦٠ـ بطلان الاتفاق على انتقال حق الانتفاع إلى ورثة المنتفع :

لايجوز الاتفاق على أن ينتقل حق الانتفاع إلى ورثة المنتفع بعد وفاتـه ، فأقصى مدة لحق الانتفاع هى حياة المنتفع ، ولذلك يطلق علـيه أحـيانا " حق شخصى أو ارتفاق شخصى" وإذا حصل هذا الاتفـاق كـان بـاطلا بطلانا متعلقا بالنظام العام ، لأن تقرير حق انـتفاع لشـخص علـى مال غيره - كما قدمنا- يوجد وضعا غير مرغوب فيه من الناحية الاقتصادية لما فيه من تحميل الملكية بعبء ثقيل يحول دون تداول الأموال [١].

---

(١) محمـد كامل مرسى ص ٣٢٤- رمضان أبو السعود ص ٥٢٨- محمد وحيد الدين سوار ص ٨١٤ .

٣٦١ـ انقضاء حق الانتفاع بالنسبة للأشخاص الاعتبارية :

لـــم يتضـــمن القـــانون مدة لحق الانتفاع الذى يكتسبه الشخص الاعتـــبارى كالحكومة والهيئات العامة والجمعيات والشركات ، كما فعلـــت بعـــض التشريعات الأخرى ، ومنها القانون الفرنسى الذى يـــنص فـــي المادة ٦١٩ منه على أن " حق الانتفاع الذى لم يتقرر لأفراد لايدوم إلا ثلاثين سنة " .

ومـــن ثم فإنه فى مصر يتعين القول أنه لايوجد حد أقصى لمدة حـــق الانتفاع الذى يكسبه الشخص المعنوى، وإنما يحدد مدته سند إنشـــائه، فإذا لم تحدد له مدة بقى طوال بقاء الشخص المعنوى ، فلا ينقضـــى حـــق الانـــتفاع إلا بإنحلال الشخص المعنوى . وينقضى الانتفاع بانحلاله ، ولو كان ذلك قبل المدة المحددة (١).

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية المطولة للقانون الجديد :

" ينـــتهى حـــق الانتفاع بانتهاء الأجل المحدد ، على ألا يجاوز حـــياة المنتفع ولو كان شخصا معنويا ، فإن لم يحدد أجل عد الحق مقررا مدة حياة المنتفع " (٢).

---

(١) السنهورى ص ١٦٤٢- نبيل سعد ص ١٤٤ .

(٢) منشـــور في مؤلف محمد كامل مرسى ص ٣٢٤ هامش (٢) – وقارن محمـــود جمـــال الدين زكى فيذهب إلى أن الحق الذى ينتهى حتما بوفاة صـــاحبه يتعيـــن نطاقـــه ضرورة بالأشخاص الطبيعية ولايجوز من ثم ترتيبه لمصلحة الأشخاص المعنوية إلا مقترنا بمدة معينة .

٣٦٢- مشغولية الأرض بالزرع عند انقضاء حق الانتفاع :

تنص الفقرة الثانية من المادة على أنه إذا كانت الأرض المنتفع بها مشغولة عند انقضاء الأجل أو موت المنتفع بزرع قائم ، تركت الأرض للمنتفع أو لورثته إلى حين إدراك الزرع ، على أن يدفعوا أجرة الأرض عن هذه الفترة من الزمن.

وعلى ذلك إذا كان انتهاء حق الانتفاع بسبب انتهاء مدته ، وكانت الأرض مشغولة بزرع قائم ، فإنه يجب ترك الأرض للمنتفع حتى ينضج الزرع ويقوم بجنيه .

وإذا كان انتهاء حق الانتفاع في هذه الصورة بوفاة المنتفع فإن الأرض تترك لورثة المنتفع لحين نضج الزرع وجنيه .

وفى الحالتين يلزم المنتفع أو ورثته بدفع أجرة الأرض عن هذه الفترة .

ويخضع تقدير الأجرة لسلطة قاضى الموضوع .

مـــادة (٩٩٤)

١- ينـــتهى حـــق الانتفاع بهلاك الشئ ، إلا أنه ينتقل من هذا الشئ إلى ما قد يقوم مقامه من عوض .

٢- وإذا لم يكن الهلاك راجعا إلى خطأ المالك ، فلا يجبر على إعادة الشئ لأصله ، ولكنه إذا أعاده رجع للمنتفع حق الانتفاع إذا لـــم يكن الهلاك بسببه ، وفى هذه الحالة تطبق المادة ٩٨٩ الفقرة الثانية .

الشـــرح

٣٦٣ـ انتهاء حق الانتفاع بهلاك الشئ :

إذا هلك الشئ محل عقد الانتفاع هلاكا كليا انقضى حق الانتفاع لهلاك محله ، سواء كان هذا الهلاك ماديا كانهدام العقار أو حريقه، أما قانونيا كنزع ملكية العقار للمنفعة العامة .

ويلحـــق بـــالهلاك كل تغيير في قوام الشئ يفقده كل الصلاحية للاســـتعمال الـــذى قصـــده تقريـــره للمنتفع كجفاف البركة بصفة نهائية[١].

وإذا كـــان هـــلاك الشـــئ بقوة قاهرة ، فلا يجبر أحد ، وبصفة خاصـــة لايجبر المالك على إعادة الشئ إلى أصله لانتفاء الخطأ في جانبه .

---

(١) محمود جمال الدين زكى ص ٦٠٢ .

علـــى أن القانون نص صراحة على أنه إذا قام المالك في هذه الحالة بإعادة الشئ فإن حق الانتفاع يرجع للمنتفع طالما أن الهلاك لـــم يكـــن بسببه ، وحينئذ يطبق حكم الفقرة الثانية من المادة ٩٨٩ مدنى، وهى تقضى بإلزام المنتفع بأن يؤدى للمالك فوائد ما أنفقه .

وإذا رجـــع الهلاك إلى خطأ المالك ، التزام الأخير بإعادة الشئ إلـــى أصله فيعود حق الانتفاع إلى المنتفع ، دون أن يلتزم بدفع أى شـــئ ، بـــل يســـتحق المنـــتفع تعويضا عن المدة التى فاتته بدون انتفاع[١].

أمـــا إذا كـــان الهلاك راجعا إلى خطأ المنتفع فإنه يلتزم بإعادة الشئ إلى أصله على سبيل التعويض ويعود حق الانتفاع [٢].

وإذا كان الهلاك راجعا إلى خطأ الغير ، انتقل حق الانتفاع إلى مـــبلغ الـــتعويض الـــذى يلتزم به الغير ، وإذا نزعت ملكية الشئ للمنفعة العامة انتقل حق المنتفع إلى تعويض نزع الملكية .

وفـــى هاتيـــن الحالتين يلتزم المنتفع بتقديم كفالة لأن التعويض وهو مبلغ من النقود قابل للاستهلاك [٣].

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ٢٨٥- رمضان أبو السعود ص ٥٢٩- محمد لبيب شنب ص ٣٩٧ ومابعدها .

(٢) رمضان أبو السعود ص ٥٢٩- محمد لبيب شنب ص ٣٩٨ .

(٣) الســـنهورى ص ١٧١١ – رمضان أبو السعود ص ٥٢٩- محمد على عمران ص ٣٧٤ .

وإذا كـــان الشئ مؤمنا عليه ، فإن كان التأمين معقودا لمصلحة المنـــتفع وحـــده ، حـــق له قبض عوض التأمين ، فإذا كان مقررا لمصلحة المالك قبضه الأخير .

أمـــا إذا كـــان مقررا لمصلحة الاثنين ، انتقل حق الانتفاع إلى عوض التأمين ويكون للمنتفع فوائده وللمالك رأس المال (١).

هـــذا بالنســـبة إلى الهلاك الكلى . أما إذا كان الهلاك جزئيا ، فتجب التفرقة بين ما إذا كان الجزء الباقى صالحا للانتفاع به أم لا. فـــإذا لم يكن صالحا للانتفاع ذاته ، أو كان يمكن الانتفاع به انتفاعا غير الذى كان ، فعندئذ يسقط الانتفاع بكامله .

أما إذا كان الباقى صالحا للانتفاع فعندئذ يبقى حق الانتفاع قائما علـــيه كما لو هلك البناء ، وبقيت الحديقة المتصلة به ، وكانت هذه الحديقـــة صـــالحة للانتفاع بها بصورة مستقلة . فعندئذ يبقى الحق قائما ما لم يجدد البناء على النحو الذى رأيناه فيما تقدم (٢).

---

(١) الســـنهورى ص ١٧١٢- عبد المنعم البدراوى ص ٢٨٥- محمد كامل مرسى ص ٣٢٨- رمضان أبو السعود ص ٥٢٩ – محمد على عمران ص ٣٧٤ هامش (١) – وعكس ذلك محمد لبيب شنب ص ٣٩٨ فيرى في كل هذه الأحوال انتقال حق الانتفاع إلى مبلغ التأمين .

(٢) محمد وحيد الدين سوار ص ٨١٥ – محمد كامل مرسى ص ٣٢٦.

مـادة (٩٩٥)

ينتهى حق الانتفاع بعدم الاستعمال مدة خمس عشرة سنة .

الشــرح

٣٦٤ـ انـتهاء حـق الانـتفاع بعـدم الاسـتعمال مـدة خمس عشرة سنة :

ينتهى حق الانتفاع بعدم الاستعمال مدة خمس عشرة سنة .

ويترتــب علــى ذلــك أن يســتجمع المالك في يده كل سلطات الملكية.

وهذا التقادم المسقط يرد على كل الحقوق المتفرعة عن الملكية. ولكن حق الملكية ذاته لايسقط بعدم الاستعمال .

وسقوط حق التقادم بعدم الاستعمال يشمل العقار والمنقول على حد سواء.[1]

فحــق الانتفاع عبء فادح على الملكية يجردها طيلة قيامه من كل قيمة حقيقية ، ولايسوغ هذا العبء إلا مصلحة جدية لمن يتقرر لــه، فيفقد حكمة وجوده ومبرره إذا لم يستعمله هذا الأخير خمس عشرة سنة ، ودل بذلك على انعدام فائدته له .

---

(١) محمد كامل مرسى ص ٣٣٢ – عبد المنعم البدراوى ص ٢٨٦– محمد لبيب شنب ص ٣٩٩ .

ويفترض عدم الاستعمال من ناحية ، امتناعا كاملا عن استعمال الشئ ، فلا يتحقق عدم الاستعمال بالاستعمال الجزئى ولو كان سيئا ومـــن ناحـــية أخرى يفترض امتناعا مستمرا ، ومن ثم يمنع تحققه استعمال الشئ ولو مرة واحدة ، سواء قام به المنتفع نفسه ، أو قام به بوساطة شخص آخر كالمستأجر أو المستعير .

ويسرى على هذا التقادم المسقط القواعد العامة التى تسرى على هذا النوع من التقادم ، سواء من حيث كيفية حساب المدة ، ووقفها وانقطاعها (١).

فتبدأ مدة التقادم من آخر عمل استعمال قام به المنتفع .

ويقـــف الـــتقادم إذا وجد مانع يتعذر معه على المنتفع استعمال الشـــئ كمـــا لـــو كان قاصرا وليس له من يمثله قانونا . كما يقطع التقادم باستعمال المنتفع أو من ينوب عنه العين ولو مرة واحدة (٢).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ينـــتهى حق الانتفاع كما هو الأمر في كل حق عينى عدا حق الملكـــية ، بعـــدم الاســـتعمال خمس عشرة سنة ، فيعود الحق إلى صـــاحب الرقـــبة . وغـــنى عن البيان أن فقد حق الانتفاع بالتقادم المسقط غير كسبه بالتقادم المكسب "(٣).

---

(١) محمود جمال الدين زكى ص ٦٠٤- السنهورى ص ١٧١٣ .
(٢) محمود جمال الدين زكى ص ٦٠٤ – رمضان أبو السعود ص ٥٢٩.
(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٦ ص ٥٥٤ .

٣٦٥- انتهاء حق الانتفاع بالتقادم المكسب :

رأيـــنا عند دراسة التقادم المكسب ، أن التقادم المكسب كما يرد على حق الملكية يرد على الحقوق العينية الأخرى . ومن ثم يجوز للغير أن يكسب حق الانتفاع بالتقادم المكسب الطويل ، ومدته خمس عشـــرة ســـنة إذا حـــازه شـــخص سئ النية ، في كل من العقار والمـــنقول . ويكســـب بالتقادم المكسب القصير ، إذا حازه شخص حسن النية وكان مترتبا على عقار . ويكسب بمجرد الحيازة إذا كان مترتبا على منقول وكان الحائز حسن النية [1].

٣٦٦- انتهاء حق الانتفاع باتحاد الذمة :

ينـــتهى حـــق الانتفاع باتحاد الذمة ، إذا اجتمعت لشخص واحد حقوق مالك الرقبة وحقوق المنتفع ، كما إذا ورث المالك المنتفع أو ورث المنـــتفع المـــالك ، أو إذا اشـــترى المالك حق الانتفاع ، أو اشترى المنتفع حق الرقبة .

وإذا تملـــك المالك حق الانتفاع بالميراث أو العقد مثلا ، وكان حـــق الانتفاع مرهونا ، فإن الرهن يبقى ولايتعدى إلى الرقبة . أما إذا كانـــت الرقـــبة مـــرهونة فالأصل أن حق الانتفاع إذا عاد إلى صاحب الرقبة أو إذا ملك المنتفع الرقبة المرهونة تعدى الرهن إلى حق الانتفاع، لأن الرقبة هى الأصل وحق الانتفاع تبع لها، فيشملها

---

(١) السنهورى ص ١٧١٤.

الرهن . وانقضاء حق الانتفاع بسبب اتحاد الذمة لا يكون نهائيا في كـل الأحـوال فقد يعود الانتفاع إذا زال سبب اتحاد الذمة، ويكون لذلك أثر رجعي، كما إذا كان السبب بيع ملك الرقبة للمنتفع، وفسخ البيع بعد ذلك بسبب من أسباب الفسخ [١].

وكان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى يتضمن مادة برقم (١٢٥) تنص على أن : " ينتهى حق الانتفاع إذا اجتمعت في شخص واحد صفتا المنتفع والمالك .

غير أنه لايعد منتهيا إن كان للمالك مصلحة في بقائه ".

وقد جاء عنها بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ينـتهى حـق الانـتفاع كذلك باتحاد الذمة ، بأن يرث المالك المنـتفع أو يرث المنتفع المالك ، أو يشترى المالك حق الانتفاع أو يشترى المنتفع حق الرقبة . ويلاحظ أن المالك إذا ملك حق الانتفاع بالميراث أو بالعقد مثلا وكان حق الانتفاع مرهونا فإن الرهن يبقى ولا يتعدى إلى الرقبة ، أما إذا كانت الرقبة مرهونة فالأصل أن حق الانـتفاع إذا عـاد إلـى صـاحب الرقبة أو إذا ملك المنتفع الرقبة المـرهونة تعـدى الرهن إلى حق الانتفاع لأن الرقبة هى الأصل وحـق الانـتفاع تبعا لها فيشملها الرهن . وكذلك احتاط المشروع فـنص على أن حق الانتفاع لايعد منتهيا إن كان للمالك مصلحة في

---

(١) محمد كامل مرسى ص ٣٣٢ ومابعدها – رمضان أبو السعود ص ٥٣٠.

بقائـــه ، وتكون له هذه المصلحة إذا كانت الرقبة مرهونة فيبقى حق الانـــتفاع منفصـــلا عن الرقبة حتى لايتعدى إليه الرهن " . إلا أن لجـــنة المـــراجعة رأت حذفهـــا " لأن حكمهـــا مستفاد من القواعد العامة"[1].

٣٦٧ـ انتهاء حق الانتفاع بفسخ حق مقرر الانتفاع :

إذا كان حق مقرر الانتفاع على العين محل الانتفاع قابلا للفسخ أو الـــبطلان أو للرجوع فيه أو للإلغاء ، فإنه ينتقل إلى المنتفع بهذا الوصـــف لأنه ليس للإنسان أن ينقل إلى غيره حقوقا أكثر مما له. ومن ثم فإن هذا الحق إذا فسخ أو أبطل أو تم الرجوع فيه او إلغاؤه ، انتهى تبعا لذلك حق الانتفاع [2].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جــ٦ ص ٥٥ الهامش وما بعدها .

(٢) محمد كامل مرسى ص ٣٣٣ .

٢ـ حق الاستعمال وحـق السكنى

مــادة (٩٩٦)

نطاق حق الاستعمال وحق السكنى يتحدد بمقدار ما يحتاج إليه صــاحب الحق هو وأسرته لخاصة أنفسهم ، وذلك دون إخلال بما يقرره السند المنشئ للحق من أحكام .

الشـــرح

٣٦٨ـ المقصود بحقى الاستعمال والسكنى :

حقــا الاستعمال والسكنى كلاهما من الحقوق العينية التى تتقرر لشخص على شئ مملوك لغيره .

وحق الاستعمال (droit d' usage) هو فرع من حق الانتفاع ، ينطوى على أحد عنصرى حق الانتفاع فقط .

فحــق الانتفاع يخول لصاحبه سلطتى الاستعمال والاستغلال ، ولكن حق الاستعمال لايخول صاحبه سوى سلطة الاستعمال فقط .

فهــو يخول صاحبه سلطة استعمال الشئ المملوك لغيره لنفسه ولأسرته فقط .

وإن كانت تلك السلطة قد تؤدى إلى حصول صاحبها على ثمار الشــئ ، فإنــه لايستحق من هذه الثمار إلا ما يسد حاجته وأسرته. ويقصــد بالأســرة كل من يعولهم صاحب الحق من زوجة وأولاد وأقارب وخدم .

وهذا وقد يتضمن السند المنشئ للحق تحديدا له أضيق من ذلك.

أمـــا حــق السكنى فهو فرع أيضا من حق الانتفاع ، ووجه من حــق الانــتفاع ، ووجــه من حق الاستعمال، فهو ليس سوى حق الاستعمال يرد على السكنى (١).

فحق السكنى يخول الشخص سكنى الشئ لنفسه ولأسرته. ولهذا فهــذا الحق لايرد إلا على العقارات . أما حق الاستعمال ذاته فيرد على العقارات والمنقولات .

غير أن المادة بعد أن نصت على أن نطاق حق الاستعمال وحق الســكنى يــتحدد بمقــدار ما يحتاج إليه صاحب الحق هو وأسرته لخاصــة أنفســهم ، أردفــت " وذلــك دون إخلال بما يقرره السند المنشــئ للحق من أحكام " . فيجوز أن يصرح السند المنشئ لحق الاستعمال أو السكنى لصاحب الحق بأن يسمح لغيره بالاستعمال أو الســكنى ويبنى على ذلك أنه إذا أوصى لشخص بسكنى دار مكونة مــن عدة طبقات أو شقق لم يكن له أن يسكن منها إلا القدر الكافى لسكناه هو وأسرته ، ما لم تقرر الوصية خلاف ذلك (٢).

---

(١) الســنهورى ص ١٧٢٢- رمضان أبــو السعود ص٥٣١ - نبيل سعد ص ٢٤٨ .

(٢) عبد المنعم البدراوى ص ٢٨٧ - محمد لبيب شنب ص ٤٠٣ .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" حـــق الاستعمال وحق السكنى يتميزان عن حق الانتفاع بأنهما مقصـــوران على ما يكون صاحب الحق في حاجة إليه هو وأسرته .... الخ " .

مــادة (٩٩٧)

لايجوز النزول للغير عن حق الاستعمال أو عن حق السكنى إلا بناء على شرط صريح أو مبرر قوى .

الشــــرح

٣٦٩ـ النزول للغير عن حق الاستعمال أو عن حق السكنى :

لايجوز النزول للغير عن حق الاستعمال أو عن حق السكنى إلا بناء على شرط صريح أو مبرر قوى .

والســبب في حظر النزول عن هذين الحقين أنهما مقرران لسد حاجــة المستفيد وأسرته فلهما طابع شخصى ، فإذا رغب صاحب الحــق فــي التصرف فيه ، دل ذلك على عدم حاجته إليه ولذلك لم يجز له القانون النزول عنه .

وقــد ورد حظــر التنازل بالنص مطلقاً ومن ثم فإنه يستوى أن يكون التنازل بمقابل كالبيع أو المقايضة ، أم بدون مقابل كالهبة .

ويقــاس على عدم جواز النزول ، عدم جواز الإيجار [(١)]، فإذا نــزل الشــخص عــن الحق أو قام بتأجيره كان النزول أو الإيجار باطلا.

---

(١) الســنهورى ص ١٧٢٣- مذكرة المشروع التمهيدى مجموعة الأعمال التحضــيرية جــ٦ ص ٥٥٨- محمــد كامل مرسى في عقد الإيجار ١٣٧٢ هـ- ١٩٥٣م ص ٤٨ .

ويترتب على عدم جواز النزول عن حق الاستعمال وحق السكنى عدم جواز رهنهما أو الحجز عليهما لأن مآل الرهن أو الحجز هو بيع الحق جبرا عند عدم الوفاء بحقوق الدائن المرتهن أو الحاجز .

ولكن يجوز استثناء النزول للغير عن حق الاستعمال وحق السكنى في حالتين هما :

(الحالة الأولى)

وجود شرط صريح :

يجوز النزول عن الحقين إذا وجد شرط صريح في سند إنشائهما يجيز لصاحبها التنازل عنهما واشترط النص أن يكون الشرط صريحا للتضييق من الحق في النزول .

(الحالة الثانية)

وجود مبرر قوى :

يجوز النزول عن الحقين إذا وجد مبرر قوى لهذا النزول ، فقد تطرأ على صاحب الحق ظروف تجعل التمسك بمبدأ عدم جواز النزول مبعث حرج أو ضيق له .

ومن أمثلة المبرر القوى الذى يجيز النزول أن يوصى شخص بسكنى بيت لأولاده ، ثم يمر الزمن ، فيضيق بهم البيت ، أو يصبح غير لائق لسكناهم أو ينقلون إلى بلد آخر فلا يستطيعون سكناه [١].

---

(١) نبيل سعد ص ٢٤٩ – محمد لبيب شنب ص ٤٠٢ .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" حـــق الاستعمال وحق السكنى يتميزان عن حق الانتفاع بأنهما مقصـــوران على ما يكون صاحب الحق في حاجة إليه هو وأسرته، فـــلا يجوز له النزول عنهما إلى الغير إلا إذا اشترط ذلك صراحة، أو وجد مبرر قوى لهذا النزول . وقد أدخل المشروع بهذا الاستثناء شـــيئا من المرونة على حق السكنى بنوع خاص لأن المبرر القوى كثيرا ما يتحقق في حق السكنى بأن تقدم الدار الموصى بسكناها أو تصـــبح غـــير لائقـــة لســـكن المنتفع ، فيكون له في هذه الحالة أن يؤجرها .

ويتمـــيز هـــذان الحقـــان أحدهمـــا عن الآخر بأن حق السكنى تخصيص لحق الاستعمال إذ هو استعمال بطريق السكنى " (١).

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جــ٦ ص ٥٥٧ وما بعدها .

مـــادة (٩٩٨)

فيما عدا الأحكام المتقدمة تسرى الأحكام الخاصة بحق الانتفاع على حق الاستعمال وحق السكنى متى كانت لا تتعارض مع طبيعة هذين الحقين .

الشـــرح

٣٧٠ـ الأحكام التى تسرى على حقى الاستعمال والسكنى :

فـــيما عـــدا الأحكام التى ذكرناها سلفا، تسرى الأحكام الخاصة بحق الانتفاع على هذين الحقين متى كانت لاتتعارض مع طبيعتهما.

ويخلص ذلك فيما يلى :

١- أن حق الاستعمال والسكنى ينشأ بالعقد والوصية والتقادم ، وهى الطرق التى ينشأ بها حق الانتفاع .

إلا أنهمـــا لا ينشآن – على خلاف حق الانتفاع – بالشفعة لأن الشفعة تقتضى بيع المشفوع والحقان لايجوز بيعهما .

٢- يلتزم صاحب حق الاستعمال والسكنى بما يلتزم به المنتفع من واجبات ، فهو ملزم بحفظ العين وصيانتها وبالتكاليف المعتادة، ولكنه لايلزم بذلك إلا بنسبة ما يحصل عليه من ثمار.

وهو ملزم بجرد المنقول وتقديم الكفالة قبل تسلمه .

ولكـن لايجوز فى حق السكنى أن ينتزع القاضى الدار من يد صاحب الحق ليسلمها لأمين كما يفعل فى حق الانتفاع وفقا لأحكام الفقرة الثانية من المادة ٩٨٨ مدنى [١].

٣- يسرى على حقى الاستعمال والسكنى أسباب الانقضاء التى ينقضى بها حق الانتفاع .

٣٧١ـ حق التخلى :

حظـر النزول عن حقى الاستعمال والسكنى إلا بناء على شرط صـحيح أو اسـتنادا إلـى مبرر قوى، لايمنع صاحب الحق فى أن يتخلى عن حقه ، فينقضى الحق بهذا التخلى ، وتصبح الملكية تامة غـير مـثقلة بحق الاستعمال أو السكنى . فالتصرف المحظور هو التصرف الحاصل لغير المالك . وهو ما عبر عنه الشارع بالنزول للغير .

---

(١) مذكرة المشروع التمهيدى مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٦ ص٥٥٩- السـنهورى ص ١٧٢٥- محمد كـامـل مرسى ص ٣٤١ - نبيل سعد ص ٢٥٠.

الفصل الثانى
فى حـق الحكر وحـق القرار
١- حـــق الحكـــر
مـــادة (٩٩٩)

لا يجـوز التحكـير لمدة تزيد على ستين سنة فإذا عينت مدة أطول أو أغفل تعيين المدة اعتبر الحكر معقودا لمدة ستين سنة.

الشــــرح

٣٧٢ـ تعريف حق الحكر :

حق الحكر هو حق عينى يخول صاحبه الانتفاع بأرض موقوفة عن طريق البناء عليها أو الغراس أو لأى غرض آخر وذلك مقابل أجرة معينة .

فالحكـــر حـــق من الحقوق المتفرعة عن الملكية ، إذ أنه يخول صاحبه الانتفاع بالأرض الموقوفة مع بقاء رقبتها لجهة الوقف . إلا أنـــه يخـــتلف عـــن حق الانتفاع من حيث أنه أطول منه مدة ، فهو لاينقضى بوفاة المنتفع ، بل لاينتهى إلا بانقضاء أجله الذى قد يصل إلـــى ســـتين ســـنة ، ثم إنه يخول صاحبه حقوقا أوسع من حقوق المنتفع[1].

---

(١) عـــبد المـــنعم الـــبدراوى ص ٢٨٨- محمد كامل مرسى شرح القانون المدنى الجديد- الحقوق العينية الأصلية الجزء الثانى ١٣٦٨هـ- ١٩٤٩ ص ٣٤٢ .

وتنظم حقوق طرفيه الشروط التى تذكر فى العقد الصادر به .

والحكمة التى من أجلها أجيز هذا العقد هى أن العين التى يقرر علـيها الحكــر تكــون فى حالة لاينتفع بها ، حتى أنه لايوجد من يســتبدل بهــا غيرها – كما سنرى – ولهذا السبب أباحت الشريعة الإسلامية للقاضى تحكيرها عند توافر شروط معينة (١).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ... فالغــرض من الحكر تسليم أرض فى حاجة إلى الإصلاح إلى شخص يصلحها وينتفع بها مدة طويلة حتى يتمكن من استثمار الأرض استثمارا يجزى ما أنفق فى إصلاحها .

ولذلــك يغلــب أن تكون الأرض المحكرة وقفا مخربا وإن كان يجــوز تحكــير الأعيان غير الموقوفة . والغرض من حق القرار إيجــاد طريقة أكثر استقرارا من الإيجار لاستغلال الأرض بالبناء عليها أو بالغرس فيها .... الخ " (٢).

---

(١) محمد كامل مرسى ص ٣٤٣ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٦ ص ٥٦٠- ويعرف حق الحكر فى الفقــه الإســلامى بأنــه : " عقد إجارة يقصد به استبقاء الأرض للبناء والغرس أو لأحدهما " (م ٧٠٠ من مرشد الحيران .

وجــاء بالمادة ٣٣٢ من قانون العدل والإنصاف للمرحوم محمد قدرى باشــا أنه " إذا خربت دار الوقف وتعطل الانتفاع بها بالكلية ، ولم يكن للوقف ريع تعمر به ، ولم يوجد أحد يرغب فى استئجارها مدة مستقبلة بأجرة معجلة تصرف فى تعميرها ، ولم يمكن استبدالها ، جاز تحكيرها

بأجر المثل ، وكذلك الأرض الموقوفة إذا ضعفت الغلة ، وتعطل انتفاع الموقوف عليهم بالكلية ، ولم يوجد من رغب فى استئجارها لإصلاحها أو من يأخذها مزارعة ، جاز تحكيرها " .

وقد عرفت محكمة النقض حق الحكر – فى ظل التقنين القديم الذى أخذ بأحكام الفقه الإسلامى – بأنه :

١- " الاحـــتكار مـــن وضع فقهاء الشرع الإسلامى وهو عندهم " عقد إيجـــار يعطى للمحتكر حق البقاء والقرار على الأرض المحكورة مادام يدفع أجرة المثل " وتقدير أجرته يكون : (أولا) على اعتبار أن الأرض حـــرة خالـــية من البناء . و(ثانيا) لايلاحظ فيه سوى حالة الصقع (أى الجهة والناحية) الذى فيه الأرض المحكورة ورغبات الناس فيها . وأن يصرف النظر عن التحسين اللاحق بذات الأرض أو بصقع الجهة بسبب البناء الذى أقامه المحتكر " .

(طعن رقم ٩٤ لسنة ٣ ق جلسة ١٩٣٤/٦/١٤)

٢- " الاحـــتكار من وضع فقهاء الشرع الإسلامى . وهو عندهم " عقد إيجـــار يعطى للمحتكر حق البقاء والقرار على الأرض المحكورة مادام يدفـــع أجرة المثل " وتقدير أجرته يكون (أولا) على اعتبار أن الأرض حـــرة خالـــية من البناء ، و(ثانيا) لايلاحظ فيه سوى حالة الصقع (أى الجهة والناحية) الذى فيه الأرض المحكورة ورغبات الناس فيها ، وأن يصرف النظر عن التحسين اللاحق بذات الأرض أو بصقع الجهة بسبب البناء الذى أقامه المحتكر " .

(طعن رقم ١ لسنة ٨ جلسة ١٩٣٨/٤/٢١)

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " مــن مقتضى عقد الحكر أن يتملك المستحكر حق الانتفاع بــالأرض المحكرة بالبناء ، أو بالغراس بينما يحتفظ المحكر بملكية الرقــبة المحكــرة ، كما أن للمستحكر أن يتصرف فى حق المحكر بالبيع أو بغيره من التصرفات " .

(طعن رقم ١٤١٥ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨١/٣/٢٤)

٢- " حق الحكر يعد حقا عينيا يرتب لصاحبه على أرض الغير ويــراد بــه الانــتفاع بــالأرض مدة طويلة هى مدة الحكر فيكون للمحتكر الاستقرار والبقاء فيها " .

(طعن رقم ١١٦٩ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٨٢/١١/١٤)

٣- " عقــد الحكــر ليس من شأنه أن ينقل إلى المحتكر ملكية الأرض المحكــرة أو حصـــة فيها ، وإنما يعطيه حق القرار عليها مــادام يدفــع أجــرة المثل ، فإذا كان هذا الحق موقوفا وقفا أهليا وأصبح ما انتهى فيه الوقف ملكا طبقا للمادة الثالثة من القانون رقم ١٨٠ لســنة ١٩٥٢ بإلغــاء نظــام الوقف على غير الخيرات فإنه لايــؤول إلــى المســتحقين فــى هــذا الوقف إلا حق الحكر ذاته ولايكونون شركاء فى ملكية الأرض المحكرة ولا لهم حق التصرف فيها " .

(طعن رقم ١٠٨٨ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٨٤/٥/٢٤)

٣٧٣ ـ الفرق بين الحكر وبين الإيجار :

يختلف حق الحكر عن الإيجار فيما يأتى :

١- الحكر حق عينى بينما الإيجار حق شخصى .

٢- حدد القانون أقصى مدى للحكر بستين عاما بينما لم يحدد مدة لعقد الإيجار ، غير أنه لايجوز أن يكون مؤبدا [١].

٣- الأجرة فى الحكر هى أجرة المثل تزيد وتنقص تبعا لزيادة أو نقص أجرة المثل أما الأجرة فى عقد الإيجار فهى ثابتة .

الحكر يخول المحتكر ملكية المنشآت التى يقيمها على الأرض المحكرة ويجيز له التصرف فيها مستقلة عن الأرض (م١٠٠٢ مدنى) فى حين أن الأصل فى الإيجار أنه لايخول المستأجر ذلك .

٤- أن إنهاء الحكر يكون بانتهاء مدته أو بطريقة معينة حددها القانون. أما عقد الإيجار فإنه ينتهى بانتهاء مدته .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إبرام العقد محل النزاع فى سنة ١٩٢٨ فى ظل العمل بالتقنين المدنى القديم الذى خلت أحكامه من تنظيم خاص لحق الحكر، فإنه يتعين الرجوع إلى القواعد التى استقرت عليها الشريعة الإسلامية فى شأن الحكر باعتبارها هى منشأ هذا النظام ، والتى كانت تجيز تحكير الوقف وغير الوقف على خلاف ما يقضى به التقنين المدنى

---

(١) راجع فى المدة عقد الإيجار .

الحالى الذى قصر الحكر على الأراضى الموقوفة وقد عرف الفقهاء الحكر بأنه عقد إيجار يبيح للمحتكر الحق فى الانتفاع بالأرض بكافة أوجه الانتفاع وله حق القرار فيها بالبناء أو الغراس ، وللمحتكر أن يتصــرف فــى حق الحكر بجميع أنواع التصرفات فله أن يبيعه أو يهبه ، أو يرتب عليه حق انتفاع ، وله أن يؤجره للغير وينتقل عنه بالمــيراث ، ومن المقرر فى قضاء هذه المحكمة- أن للمحتكر حق عيــنى تتحمله العين المحكرة فى يد كل حائز لها ، ولذلك فلا محل لقياس حالته على حالة المستأجر صاحب الحق الشخصى الذى يقيم بــناء علــى الأرض التى استأجرها، ومفاد ما تقدم أن عقد الحكر يخــتلف عن عقد الإيجار فى أمور جوهرية فهو ينشأ مؤبدا أو لمدة طويلــة ، بينما الإيجار حق شخصى ينشأ لمدة مؤقتة، والأجرة فى الحكــر هــى أجــرة المثل تزيد وتنقص تبعا لزيادة أو نقص أجرة المثل، أما فى عقد الإيجار فالأجرة ثابتة " .

(طعن رقم ١٠٩٠ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٩٠/٢/٢٨)

ويجــب أن يعتد فى وصف العقد بما إذا كان عقد إيجار أم عقد حكر ، بحقيقة الواقع ، بصرف النظر عما يطلق عليه من تسمية.

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأن :

" لما كان القانون المدنى القديم لم يقنن أحكام حق الحكر ، وكان منشــأ هــذا الحــق الشريعة الإسلامية فقد استقر الرأى على الأخذ

بأحكامها التى تعطى للمحتكر الحق فى الانتفاع بالعقار المحتكر إلى الأبــد أو لمدة طويلة ، وحق البناء عليه والتصرف فى ذات الحق وفــى البــناء – **وهو حق يعتبر من أعمال التصرف لا من أعمال الإدارة** – وإذ كــان مــن المقرر أن ناظر الوقف ليس له أن يعطى الوقــف بالحكــر بغــير إذن القاضى ، وكان العقد الذى استند إليه الطاعــن قــد صدر من ناظرة الوقف وتحددت مدته بثلاث سنوات وحرم المحتكر من التصرف فى حق الحكر وفيما يقيمه على العقار المحــتكر مــن بناء ، فإن تفسير محكمة الموضوع لعبارات العقد وتكيــيفها له بأنه عقد إيجار لا عقد حكر يكون صحيحا فى القانون، ولايــنال منه عنونة العقد بأنه عقد إيجار حكر ولا وصف المؤجر فــيه بأنــه محكر والمستأجر بأنه محتكر ولا النص فى العقد على تجديــده لمدة أخرى وسريانه على المحتكر وذريته طبقة بعد طبقة ومن يرثهم " .

(طعن رقم ٤٦٩ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٧٠/١/٨)

٣٧٤ـ مصدر حق الحكر :

مصــدر حــق الحكر هو الشريعة الإسلامية . ولم يكن التقنين المدنى القديم يتضمن تنظيما لحق الحكر. ولهذا كانت المحاكم ترجع إلى قواعد الشريعة الإسلامية .

أمـــا القانون المدنى الجديد فقد أورد تنظيما لحق الحكر ، قرر فيه أحكام الشريعة الإسلامية على الوجه الذى قرره القضاء فى ظل التقنين المدنى القديم . على أنه استرشد فى الحكر بسياسة عامة فى العمل على تحديد انتشاره والتضييق فيه ، فهو قيد خطير على حق الملكـــية ، بل هو ملكية تقوم على الملكية الأصلية . مما يجعل أمر الاستغلال والتصرف فى الأرض المحكرة من الأمور غير الميسرة.

وقدجاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه : " .. على أن المشروع استرشـــد فـــى الحكر بسياسة عامة هى العمل على تحديد انتشاره والتضـــييق فـــيه ، فهو قيد خطير على حق الملكية ، بل هو ملكية تقـــوم على الملكية الأصلية ، مما يجعل أمر الاستغلال والتصرف فى الأرض المحكرة من الأمور غير الميسرة ....إلخ"(١).

٣٧٥- نطاق الحكر فى التقنين المدنى الجديد :

ذكـــرنا فـــى البند السابق أن التقنين المدنى الجديد استرشد فى الحكر بسياسة عامة هى العمل على تحديد انتشاره والتضييق منه.

ويظهر ذلك فيما يلى :

١- لايجـــوز منذ العمل بالقانون المدنى الجديد ترتيب حق حكر علـــى أرض غـــير موقوفـــة . وذلك مع عدم الإخلال بحكم المادة ١٠٠٨ الفقرة الثالثة .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٦ ص ٥٦٣ وما بعدها .

ويقضى النص المشار إليه بإنتهاء حق الحكر – حتى قبل حلول الأجل الذى حدده القانون – إذا زالت صفة الوقف عن الأرض المحكرة ، إلا إذا كان زوال هذه الصفة بسبب رجوع الواقف فى وقفه أو إنقاصه لمدته ، ففى هذه الحالة يبقى الحكر رغم زوال هذه الصفة .

٢– جعل التقنين المدنى الجديد أقصى مدة للوقف ستين سنة .

٣– جعل التقنين الحق فى الشفعة لكل من مالك الرقبة والمحتكر إذا باع الآخر حقه .

٤– ألزم التقنين كلا من مالك الرقبة والمحتكر أن يبيع حقه لصاحبه فى ظروف معينة .

٥– ينص التقنين على سريان الأحكام الواردة به على الأحكار القائمة على أرض غير موقوفة فى وقت العمل به (المادة ١٠٩٢/٢).

٣٧٦- قصر حق الحكر على الوقف الخيرى بعد العمل بالمرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ بإلغاء نظام الوقف على غير الخيرات [1]:

ينص هذا المرسوم بقانون فى المادة الأول منه على أن "لايجوز الوقف على غير الخيرات " .

---

(١) الوقائع المصرية العدد ١٣٢ مكرر (غير اعتيادى) بتاريخ ١٩٥٢/٩/١٤. وعمل به من تاريخ نشره (م١٠) .

وينص في المادة الثانية على أن : " يعتبر منتهيا كل وقف لايكون مصرفه في الحال خالصا لجهة من جهات البر .

فإذا كان الواقف قد شرط في وقفه لجهة بر خيرات أو مرتبات دائمة معينة المقدار أو قابلة للتعيين مع صرف باقي الريع إلى غير جهات البر اعتبر الوقف منتهيا فيما عدا حصة شائعة تضمن غلتها الوفاء بنفقات تلك الخيرات أو المرتبات .

ويتبع في تقدير هذه الحصة وإفرازها .... الخ" .

وتنص المادة الثالثة على أن : " يصبح ما ينتهي فيه الوقف على الوجه المبين في المادة السابقة ملكا للواقف إن كان حيا وكان له الحق الرجوع فيه . فإن لم يكن آلت الملكية للمستحقين الحاليين كل بقدر حصته في الاستحقاق . وإن كان الوقف مرتب الطبقات آلت الملكية للمستحقين الحاليين ولذرية من مات من ذوي الاستحقاق من طبقتهم كل بقدر حصته أو حصة أصله في الاستحقاق.

ويتبع في تعيين الحصة الأحكام المنصوص عليها في المواد ٣٦، ٣٧، ٣٨، ٣٩ من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ سالف الذكر".

وواضح مما تقدم أن المرسوم بقانون سالف الذكر قضى بحل الوقف الأهلي ، وأصبح الوقف قاصرا على الوقف الخيري .

وبذلــك انتهــت الأحكــار التى كانت قائمة على هذه الأراضى بــزوال صـــفة الوقــف منها وهى الأحكار التى كانت تمثل الكثرة الغالــبة . وقد أكدت المادة السابعة من المرسوم بقانون ذلك بنصها علـــى أن : "يعتــبر منتهيا بسبب زوال صفة الوقف كل حكر كان مترتــبا على أرض انتهىوقفها وفقا لأحكام هذا القانون . وفى هذه الحالة تتبع الأحكام المقررة فى المادة ١٠٠٨ وما بعدها من القانون المدنـــى" . وقــد قصد بوجه خاص من مواد التقنين المدنى المشار إليها، المادة ١٠١٠ التى تنظم تسوية حساب البناء أو الغراس الذى يكون قائما بالأرض عند انتهاء الحكر .

ولهـــذا لم يبق إلا الأوقاف الخيرية ، والأحكار التى كانت قائمة علـــيها ، فضلا عن الأحكار التى قامت من قبل على أراضى غير موقوفة حيث نص التقنين المدنى الجديد على الإبقاء عليها .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إذا كـــان الطاعن طلب أخذ أرض النزاع بالشفعة مستندا إلى المـــادة ٩٣٦ مـــن القـــانون المدنى وذلك باعتباره مستحكرا لتلك الأرض ومالكـــا للبناء المقام عليها بموجب عقد الحكر المؤرخ أول يناير سنة ١٩٢٨ . وكان الحكم الابتدائى الذى أيده الحكم المطعون فـــيه وأحال إلى أسبابه قد أقام قضاءه برفض طلبه تأسيسا على أن ملكية المطعون ضدها الأولى لأرض النزاع قد أصبحت خالصة لها

بموجـــب المرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ الذى ألغى الوقف على غير الخيرات بما استتبع إنهاء كل حكر كان مترتبا عليها فإن هذا الذى أقام عليه الحكم قضاءه يكون صحيحا فى القانون " .

(طعن رقم ٣٨٩ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٧/٣/١٤)

٣٧٧ـ تخويـل وزيـر الأوقـاف سلطة إصدار قرارات بإنهاء الأحكار القائمة على الوقف الخيرى :

رغبة من المشرع فى إنهاء الأحكار القائمة على الوقف الخيرى تمشـــيا مـــع سياسته فى التضييق ما أمكن من نظام الحكر ، خول وزيـــر الأوقاف الحق فى إصدار قرارات بإنهاء هذه الأحكار وفق تفصـــيلات معيـــنة بالقوانين رقم ٦٤٩ لسنة ١٩٥٣ ، ثم رقم ٢٩٥ لسنة ١٩٥٤، ثم رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٠ .

٣٧٨ـ إلغـاء الأحكـار عـلى الأعـيان الموقوفـة بمقتضـى القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٨٢ :

صدر القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٨٢ فى شأن إنهاء الأحكار على الأعـــيان الموقوفـــة . وقد نص فى مادته الأولى على أن : " يعتبر حق الحكر منتهيا دون تعويض فى الأعيان الموقوفة الخالية من أى بـــناء أو غـــراس عـــند العمل بهذا القانون ، وتعتبر الأرض ملكا خالصـــا لجهـــة الوقف ولايعتد بأى بناء أو غراس تقام فى الأرض الفضاء المحكرة بعد العمل بهذا القانون " .

وقضـــى فى مادته الثانية بأن " ينتهى حق الحكر على الأعيان الموقوفـة المشـــغولة ببناء أو غراس بقرار يصدره وزير الأوقاف ويخـــتص الوقـــف مالك الرقبة بثلاثة أرباع ثمن الأرض والمحتكر بـــباقى ثمـــنها وذلك بالإضافة إلى الأقل من ثمن البناء أو الغراس مستحقى الإزالة أو البقاء ".

وبذلك تكون الأحكار التى كانت قائمة وقت صدور هذا القانون قد انتهت تماما (١).

---

(١) وننشر القانون كاملا فيما يلى للرجوع إليه فى التفصيلات :

قانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٨٢

فى شأن إنهاء الأحكار على الأعيان الموقوفة

باسم الشعب

رئيس الجمهورية

قرر مجلس الشعب القانون الآتى نصه ، وقد أصدرناه :

(المادة الأولى)

يعتـــبر حق الحكر منتهيا دون تعويض فى الأعيان الموقوفة الخالية من أى بناء أو غراس عند العمل بهذا القانون ، وتعتبر الأرض ملكا خالصا لجهـــة الوقـــف ولايعـــتد بـــأى بناء أو غراس تقام فى الأرض الفضاء المحكرة بعد العمل بهذا القانون .

(المادة الثانية)

ينتهى حق الحكر على الأعيان الموقوفة المشغولة ببناء أو غراس بقرار يصـــدره وزيـــر الأوقاف ويختص الوقف مالك الرقبة بثلاثة أرباع ثمن الأرض والمحـــتكر بباقى ثمنها وذلك بالاضافة إلى الأقل من ثمن البناء أو الغراس مستحقى الإزالة أو البقاء .

(المادة الثالثة)

ينشـــر القرار الصادر بإنهاء الحكر فى الوقائع المصرية وفى جريدتين يوميتيـــن ويلصق لمدة أسبوع على العقار ويعلن المحتكر أو واضع اليد الظاهر بقرار الإنهاء ويجب أن يتضمن الإعلان اسم الوقف مالك الرقبة والمحتكر طبقا لما هو ثابت فى سجلات الأوقاف أو واضع اليد الظاهر مع بيان العقار ومساحته ومنطقة الأوقاف التابع لها.

ويخطر مكتب الشهر العقارى المختص بصورة من القرار المذكور لقيده فى سجل خاص .

(المادة الرابعة)

على محتكر العقار وكل ذى شأن أن يتقدم خلال شهرين من تاريخ نشر قـــرار إنهـــاء الحكر فى الوقائع المصرية إلى منطقة الأوقاف المصرية الـــتابع لهـــا العقـــار ببيان على الأنموذج المعد لذلك يشتمل على اسمه وصناعته وبيان العقار وما عليه من بناء أو غراس وحقوقه على العقار ورغبـــته فـــى فرز حصة له فى الأرض تعادل التعويض المقرر له أو استبدال باقى الأرض ويرفق بهذا البيان المستندات المثبتة لحقه .

وترسل المنطقة البيانات والمستندات المرفقة بها خلال خمسة عشر يوما مـــن تـــاريخ ورودهـــا إلى اللجنة المختصة ببحثها مشفوعة بمعلوماتها ووجهة نظرها .

(المادة الخامسة)

تشـــكل لجـــنة قضائية بكل منطقة من رئيس محكمة يندبه وزير العدل تكـــون له الرئاســـة ومن أربعة أعضاء يمثلون كلا من الملكية العقارية والشـــئون القانونـــية بهيـــئة الأوقاف المصرية والهيئة المصرية العامة للمســـاحة ومصـــلحة الشـــهر العقارى بحيث لاتقل درجة كل منهم عن الدرجـــة الثانـــية وتخـــتار كل جهة من يمثلها وتختص هذه اللجنة دون غيرها بما يأتى :

١- تحديد المحتكر أو المنتفع الظاهر للأرض الذى انتقل إليه حق الحكر من المحتكر أو خلفه .
٢- تقدير ثمن الأرض .
٣- تقديــر ثمن ما على الأرض من بناء أو غراس وفقا لما تقضى به المادة ١٠١٠ من القانون المدنى .
٤- فرز حصة المحتكر من الأرض تعادل التعويض المقرر له إذا كانت الأرض تقبل القسمة عينا .
٥- الفصل فى كافة المنازعات التى تنشأ عن تطبيق هذا القانون .
وللجنة فى سبيل أداء مهمتها فحص وتحقيق المستندات وسماع أقوال من ترى لزوما لسماع أقوالهم ولذوى الشأن أن يحضروا أمام اللجنة بأنفسهم أو ينيبوا عنهم محاميا فى الحضور وللجنة الاستعانة بمن ترى الاستعانة بهم من العاملين الفنيين والإداريين أو غيرهم من ذوى الخبرة .
ولايكون انعقاد اللجنة صحيحا إلا بحضور رئيسها وثلاثة من أعضائها على الأقل وتصدر قراراتها بالأغلبية المطلقة وتكون مسببة .
ويعلن ذوو الشأن ورئيس هيئة الأوقاف المصرية بقرارات اللجنة خلال خمسة عشر يوما من تاريخ صدورها .
وتبيــن اللائحـــة التنفيذية للقانون الإجراءات الواجب اتباعها أمام اللجنة للفصل فى الموضوعات التى تعرض عليها .

(المادة السادسة)

لـــذوى الشـــأن ورئيس مجلس إدارة هيئة الأوقاف المصرية الطعن فى قـــرارات اللجـــنة القضـــائية المنصـــوص عليها فى المادة السابقة أمام المحكمـــة الابتدائـــية الكائن بدائرتها العقار خلال ثلاثين يوما من تاريخ صدورها .
ويكـــون الحكم الصادر فى الطعن من المحكمة الابتدائية نهائيا غير قابل للطعن بأى وجه من أوجه الطعن .

(المادة السابعة)

يجــوز للمحتكر أن يطلب استبدال ثلاثة أرباع الأرض التى اختص بها الوقــف بمــا يقابلها من الثمن الذى قدرته اللجنة المنصوص عليها فى المــادة الخامسة وذلك بشرط أن يبدى رغبته فى الاستبدال خلال ثلاثين يوما من تاريخ صدور قرار اللجنة إذا صدر فى حضوره ، أو من تاريخ إعلانه به إذا صدر فى غيبته .

وإذا تم الطعن فى قرار اللجنة فيتم تسوية باقى مستحقات كل من الوقف مالك الرقبة والمحتكر وفقا لما يصدر به الحكم النهائى طبقا للقواعد التى وضعها مجلس إدارة الهيئة .

(المادة الثامنة)

لهيئة الأوقاف المصرية الحق فى الاحتفاظ بالعقار كله إذا رأت المصلحة فــى ذلك مع صرف ربع ثمن الأرض وقيمة البناء أو الغراس للمحتكر وذلك وفقا للقيمة التى قدرتها اللجنة المشار إليها فى المادة الخامسة على أن تــبدى الهيئة رغبتها فى ذلك خلال ثلاثين يوما من تاريخ صيرورة قرار اللجنة نهائيا .

(المادة التاسعة)

يجوز لهيئة الأوقاف المصرية بيع الأرض الصادر عنها قرار إنهاء حق الحكر بالمزاد العلنى فى الأحوال الآتية :

(أ) إذا لم يتقدم المحتكر بالبيان المنصوص عليه فى المادة (٤) .

(ب) إذا أصــدرت اللجــنة القضائية قرارها بعدم ثبوت صفة المحتكر وأصبح هذا القرار نهائيا إما بفوات مواعيد الطعن فيه أو برفض الطعن من المحكمة الابتدائية .

(ج) إذا لــم يــبد المحــتكر رغبته فى الاستبدال ولم تر الهيئة الاحتفاظ بالعقار وكان العقار غير قابل للقسمة .

(د) إذا تعدد المحتكرون وتقدم بعضهم ببيانه ورغبته فى الاستبدال دون الآخرين ولم يكن من الممكن تجزئة الأعيان بسبب ضآلة الأنصبة .

ويــتم البيع بالمزاد العلنى وفقا للقواعد التى يضعها مجلس إدارة الهيئة ويشــمل البــيع ما على الأرض من بناء أو غراس ، وإذا زاد أو نقص الثمــن الراســى به المزاد للعقار جميعه عن التقدير الذى قدرته اللجنة المنصوص عليها فى المادة الخامسة وزع الفرق بين المنشآت والأرض بذات النسبة المقررة للثمن الأساسى الذى قد قدر لكل منهما .
ويــودع نصيب المحتكر أو المنتفع الظاهر خزانة الهيئة على ذمته بعد تحصــيل المصــروفات الإدارية التى تحددها اللائحة التنفيذية على ألا تجاوز ١٠% من المتحصل لصالح المحتكر .

(المادة العاشرة)

إذا قــبل المحــتكر أو المنــتفع الظاهر الاستبدال فيوقف تحصيل مقابل الانــتفاع مــن تاريخ سداد الثمن ، أما إذا كان البيع مقسطا فيزاد الثمن وتقسط الزيادة مع الأقساط وفقا للقواعد التى يضعها مجلس إدارة الهيئة.

(المادة الحادية عشرة)

يتم الاستبدال بالتوقيع على العقد من وزير الأوقاف أو من ينيبه فى ذلك ويشهر العقد .

(المادة الثانية عشرة)

يتــبع فــى شأن الأحكار التى صدرت قرارات بإنهائها قبل العمل بهذا القــانون الإجراءات المنصوص عليها فى المواد السابقة وذلك فيما عدا الأحكار التى تمت إجراءاتها نهائيا وقام المحتكر بسداد الثمن أو معجله ويتم فى هذه الحالة الاستبدال بعقد يوقعه وزير الأوقاف أو من ينيبه فى ذلك .

(المادة الثالثة عشرة)

تحـال جميع المواد التى كانت منظورة أمام اللجان المشكلة وفقا لأحكام القـانون رقـم ٩٢ لسنة ١٩٦٠ بإعادة تنظيم إنهاء الحكر على الأعيان الموقوفـة إلى اللجان القضائية المنصوص عليها فى هذا القانون وذلك بالحالـة الـتى تكون عليها . وعلى سكرتارية هذه اللجان إخطار ذوى الشأن بالميعاد الذى تحدد لنظرها .

ولاتسرى أحكام الفقرة السابقة على المواد المنظورة أمام لجان القسمة إذا كانت مؤجلة لإصدار القرار .

(المادة الرابعة عشرة)

يصـدر وزيـر الأوقاف قرار باللائحة التنفيذية لهذا القانون خلال ثلاثة أشهر من تاريخ العمل به .

(المادة الخامسة عشرة)

يلغـى القـانون رقم ٩٢ لسنة ١٩٦٠ بإعادة تنظيم الحكر على الأعيان الموقوفـة كما يلغى كل نص يخالف أحكام هذه القانون على أن يستمر العمـل باللائحة التنفيذية للقانون المذكور لحين صدور اللائحة التنفيذية المشـار إلـيها فى المادة السابقة ، وذلك فيما لايتعارض مع أحكام هذا القانون .

(المادة السادسة عشرة)

ينشـر هـذا القـانون فى الجريدة الرسمية ، ويعمل به من اليوم التالى لتاريخ نشره .

يبصم هذا القانون بخاتم الدولة ، وينفذ كقانون من قوانينها .

صـدر برئاسة الجمهورية فى ٢١ شعبان سنة ١٤٠٢ (١٣ يونيه لسنة ١٩٨٢) .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" النص فى المادة الأولى من القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٨٢ على أن " يعتــبر حــق الحكر منتهيا دون تعويض فى الأعيان الموقوفة الخالــية مــن أى بــناء أو غراس عند العمل بهذا القانون ويعتبر الأرض ملكــا خالصا لجهة الوقف ولايعتد بأى بناء أو غراس تقام فــى الأرض الفضاء المحكرة بعد العمل بهذا القانون " والنص فى المــادة الثانــية من ذات القانون على أنه " ينتهى حق الحكر على الأعــيان الموقوفــة المشغولة بناء أو غراس بقرار يصدره وزير الأوقــاف ... " يــدل على أن حق الحكر ينتهى بقوة القانون دون اتخــاذ أى إجراء متى كانت أعيان الوقف المرتب عليها حق الحكر فضاء غير مشغولة ببناء أو غراس عند بدء العمل بالقانون أما تلك المقــام عليها بناء أو بها غراس فلا ينتهى حق الحكر فى شأنها إلا بقــرار يصــدره وزير الأوقاف يستوى فى ذلك أن يكون من أقام البــناء أو غرس الغراس صاحب حق الحكر أم أحد غيره ذلك أن إنهاء حق الحكر بقوة القانون منوط بأن تكون أعيان الوقف المحكرة خالــية وقــت بدء سريان القانون سالف الذكر دون النظر إلى من شــغلها سواء بالبناء أو الغراس ومن مقتضى ذلك أنه يتعين لانتهاء الحكــر بقــوة القانون أن يثبت أن الأرض الموقوفة المحكرة كانت

خالـــية من أى بناء أو غراس عند بدء العمل بالقانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٨٢ فى يوم ١٩٨٢/٦/٢٥" .

(طعن رقم ١٨٦ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٨٣/١١/١٣)

٣٧٩ـ مـدة الحكر :

تـــنص المادة على أنه : " لايجوز التحكير لمدة تزيد على ستين ســنة " . فقد وضعت المادة حدا أقصى لمدة الحكر هى ستون سنة ميلادية .

فـــإذا عيـــن المتعاقدان مدة أطول من ستين سنة أو أغفل تعيين المدة اعتبر الحكر معقودا لمدة ستين سنة .

ومعـــنى ذلك أن حق الحكر لا يكون باطلا إذا خلا الاتفاق عليه من تحديد مدة أو إذا حددت مدته بأكثر من ستين سنة .

على أن حق الحكر لاينتهى بانقضاء هذه المدة إذا كان البناء أو الغراس لايزال باقيا ، بل يبقى الحق حتى يزول البناء أو الغراس أو حـــتى يبيع صاحب الرقبة أو المحتكر حقه لصاحبه وفقا للأحكام التى سنراها [١].

وكانت الفقرة الثانية من المادة (١٢٥٦) من المشروع التمهيدى المقابلـــة للمادة (٩٩٩) من التقنين المدنى تجعل أقصى مدة للحكر

---

(١) مذكرة المشروع التمهيدى مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٦ ص٥٦٩.

تسع وتسعين سنة، إلا أن لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ عدلت المدة إلى ستين سنة .

وقد راعت اللجنة فى هذا التعديل " أن تخفض المدة التى لايجوز الاتفاق على مجاوزتها فى التحكير توخيا لإبراز معنى توقيت الحكر ولاسيما بعد أن أصبح تعمير العين المحكرة واستبدالها ميسورين فى مدة أقصر من المدة التى كان يقتضيها تحقيق هذين الغرضين فى الزمن الماضى " [١].

وكان حق الحكر فى التقنين القديم حقا دائما يبقى على العين ما بقى المحتكر يدفع الأجرة ، وذلك أخذا بأحكام الفقه الإسلامى التى تقضى بأن يكون الحكر لمدة غير محدودة .

وفى هذه الحالة يكون مؤبدا ، وللمحتكر حق القرار فيه . ولكن يجوز أن يكون لأجل طويل معين .

وتنص المادة ٧٠٢ من مرشد الحيران على أن :

"لايكلف المحتكر برفع بنائه ولا قلع غراسه وهو يدفع أجر المثل المقرر على ساحة الأرض خالية من البناء والغرس" وتنص المادة ٧٠٤ على أن : " يثبت للمستحكر حق القرار فى الأرض المحتكرة ببناء الأساس فيها أو بغرس شجرة بها ، ويلزم بأجر

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٦ ص ٥٦٩ وما بعدها .

المــثل مادام أن بنائه وغراسه قائما فيها ، ولاتنزع منه حيث يدفع أجر المثل " .

٣٨٠ـ عـدم سـريان المـدة المنصـوص عليها فى المادة (٩٩٩) على الأحكار التى أنشئت قبل العمل بالتقنين المدنى الجديد :

تــنص المــادة (٩٩٩) على أنه : " لايجوز التحكير لمدة تزيد على ستين سنة .... إلخ " . ولكنها لم تتعرض للأحكار التى أنشئت قبل العمل بأحكام التقنين المدنى الجديد فى ١٥/١٠/١٩٤٩.

إلا أن الواضــح من نص المادة أن التحديد الوارد بها يتعلق بما يــتم مــن أحكــار بالنسبة للمستقبل . فالنص يقضى بأنه " لايجوز التحكــير" والذى يؤخذ من هذه العبارة أن التحكير الذى يتم فى ظل هذا النص ينبغى أن يتحدد طبقا لما نص عليه من حيث المدة . أما مــا تم تحكيره من قبل فإنه يظل خاضعا للقواعد التى كانت تحكمه. فإذا كانت قد تحددت لها مدة فإنها تنتهى بانتهائها ، وإلا بقيت مادام البــناء أو الغراس قائما فى الأرض ، ومادام المحتكر يدفع مقابل الحكر(١) وهذا هو المستفاد من الأعمال التحضيرية للتقنين المدنى (٢)، وهو ما أخذت به محكمة النقض .

---

(١) السنهورى ص ١٤٥٣ وما بعدها – توفيق فرج ص ٣٦٦- محمد على عمران ص ٤٠٢ .

(٢) كــان المشــروع التمهيدى يورد نصا يتعلق بتحديد المدة فى الأحكار القائمــة وقــت العمل به ، وينظم العلاقة بين المحكر والمحتكر . ولكن

فقد جرى قضاءها على أن :

" وحيث إن هذا النعى غير سديد ذلك أن المقرر فى قضاء هذه المحكمـــة – أن الاحـــتكار من وضع فقهاء الشريعة الإسلامية وهو عـــندهم عقـــد إيجـــار يعطى للمحتكر البقاء والقرار على الأرض المحكـــورة مـــادام يدفع أجرة المثل ونصوا على أنه لو خرب بناء المحتكر أو جف شجرة ولم يبق لهما أثر فى أرض الوقف ومضت مدة الاحتكار وعادت الأرض إلى جهة الوقف ولم يكن للمحتكر ولا لورثـــته حـــق البقاء وإعادة البناء ونصوا أيضا على أنه إذا لم يكن الانـــتفاع بالعيـــن المؤجرة ينفسخ العقد وتسقط الأجرة عن المحتكر عـــن المـــدة الباقـــية – لمـــا كـــان ذلك ، وكان البين من الأعمال التحضـــيرية للقـــانون المدنى الحالى أن النص فى المادة ٩٩٩ منه علـــى توقيت الحكر وتحديد مدته إنما يسرى على الأحكار الجديدة التى تنشأ فى ظل العمل به اعتباراً من ١٩٤٩/١٠/١٥ أما الأحكار الســـابقة على هذا التاريخ فلم ينص على كيفية انتهائها وتركها إلى

انتهى الأمر فى لجنة الشيوخ إلى حذف ما جاء بهذا الصدد "حتى لاتقطع بالـــرأى فى مسألة تعارضت فيها المصالح والحقوق تعارضا يستعصى علـــى التوفيق ، ويحسن أن نترك هذه الحقوق والمصالح على حالها إلى أن يصدر فى شأنها تشريع خاص" (مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ٦ ص ١٦٠٥ الهامش وما بعدها) .

أن يصدر فى شأنها تشريع خاص بعد أن تعارضت مصالح وحقوق المحكرين تعارضاً استعصى على التوفيق وبذلك تبقى هذه الأحكار خاضعة لقواعد الشريعة الإسلامية التىكانت تحكمها وقت إنشائها ، وكان الحكم المطعون فيه قد التزم بهذه الأحكام إذ استند فى قضائه برفض الدعوى – على ما بين من مدوناته– إلى أن إقامة المطعون عليها البناء الجديد على الأرض المحكرة لا يعد تخريباً للبناء الذى كـــان قائمـــاً من قبل بالمعنى الذى قصده فقهاء الشريعة الإسلامية ينـــتهى معـــه حـــق الحكر وإنما هو ضرب من ضروب الاستثمار والانـــتفاع بتلك الأرض يبقى به حق الحكر الذى كان قد انتقل إليها فإنـــه يكـــون قد وافق صحيح القانون ويضحى هذا النعى على غير أساس ".

(طعن رقم ٦٤٥ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٨/٥/٢٥) [١]

---

(١) وعكس ذلك : نقض طعن رقم ٨٧١ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩٤/١١/٢٣ وقد جاء به :

" وحيـــث إن هـــذا النعى غير سديد ذلك أن النص فى الفقرتين الأولى والثانـــية مـــن المادة ١٠١٢ من القانون المدنى على أنه (١) من وقت العمـــل بهـــذا القانون لايجوز ترتيب حق حكر على أرض غير موقوفة وذلـــك مـــع عدم الإخلال بحكم المادة ١٠٠٨ الفقرة الثالثة (٢) الأحكار القائمة على أرض غير موقوفة وقت العمل بهذا القانون تسرى فى شأنها

....

الأحكـام المبيـنة فـي المواد السابقة . يدل على أن المشرع اتجه إلى تضييق نطاق الحكر فيقع الاحتكار على الأراضي غير الموقوفة وبذلك يكـون قد قصر ترتيب حق الحكر منذ تاريخ العمل بهذا القانون في ١٥ أكـتوبر ١٩٤٩ علـى الأراضي الموقوفة وقفاً خيرياً بعد إلغاء الوقف الأهلـي وأخضـع المشـرع الأحكار القديمة على أرض غير موقوفة والقائمـة وقـت العمـل بأحكام هذا القانون لنص المادة ٩٩٩ منه التي حـددت الحـد الأقصـى لمدة التحكير بجعلها ستين سنة فإذا عينت مدة أطول أو أغفل تعيين المدة اعتبر الحكر معقوداً لمدة ستين سنة ، لما كان ذلـك وكان الحكر موضوع النزاع ترتب على أرض غير موقوفة فإنه يخضع في انتهائه للمدة سالفة الذكر ، وإذ خلص الحكم المطعون فيه إلى انـتهاء مـدة عقد الحكر بانقضاء ستين سنة على بدئه منذ عام ١٣٢٥ هجرية فإنه يكون قد أصاب صحيح القانون ويضحى النعي بسببيه على غير أساس".

مـــادة (١٠٠٠)

لايجــوز التحكـــير إلا لضرورة أو مصلحة وبإذن من المحكمة الابتدائـــية الشـــرعية التى تقع فى دائرتها الأرض كلها أو أكثرها قـــيمة، ويجـــب أن يصدر به عقد على يد رئيس المحكمة أو من يحـــيله علـــيه من القضاة أوّ الموثقين ، ويجب شهره وفقا لأحكام قانون تنظيم الشهر العقارى .

الشرح

٢٨١ـ قصر التحكير على وجود ضرورة أو مصلحة :

رغـــبة من المشرع فى تضييق نطاق الحكر . فقد قصر إنشاء حق الحكر على حالة وجود ضرورة أو مصلحة .

وهـــذه الضرورة أو المصلحة يبررها المسئول عن الوقف وهو ناظـــر الوقف ، كما لو كانت العين المراد تحكيرها خربة ، وليس لـــدى الوقـــف ما يمكنه من إصلاحها ، أو يكون المحتكر أقدر من الوقـــف علـــى استصلاح الأعيان المراد تحكيرها ، ولم يوجد من يرغـــب فـــى اســـتئجارها مـــدة مستقبلة بأجرة معجلة تصرف فى عمارتها .

وفى هذا جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ويجب أن يقدم الناظر (ناظر الوقف) مبررا للتحكير بأن يثبت أن إنشاء الحكر أمر تقتضيه المحافظة على العين الموقوفة ، ويكون ذلك عادة بإثبات أن الوقف مخرب ولايكفى ريعه لإصلاحه ، فيحكر حتى يستصلحه المحتكر "(١).

٣٨٢ـ الإذن بإنشاء الحكر من رئيس المحكمة :

اشترطت المادة لإنشاء حق الحكر الحصول على إذن من (المحكمة الابتدائية الشرعية) التى تقع فى دائرتها الأرض كلها أو أكثرها قيمة " .

وقد ألغيت المحاكم الشرعية بمقتضى القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ وانتقل الاختصاص للمحكمة الابتدائية (العادية) .

والحكمة من إذن المحكمة بالتحكير ، أن تتولى المحكمة تقدير الضرورة أو المصلحة التى تبرر التحكير ، فإذا رأت وجود الضرورة أو المصلحة أذنت به ، فإذا لم تجدها رفضت الإذن بالتحكير . لأن الحكر لن يتم إلا على أرض موقوفة ولمدة طويلة ، وهو حق عينى ينشأ على الأرض الموقوفة ، وهو بهذا يعد تصرفا على نحو معين فى العين الموقوفة (٢).

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٦ ص ٥٧٣ .

(٢) فقد قضت محكمة النقض بأن :

" لما كان القانون المدنى القديم لم يقنن أحكام حق الحكر ، وكان منشأ هذا الحق الشريعة الإسلامية فقد استقر الرأى على الأخذ بأحكامها التى

وهذا التصرف يتعين أن يكون بإذن القاضى .

٣٨٢ مكررا ـ إنشاء الحكر بعقد رسمى :

إذا أذنت المحكمة بالحكر ، تعين أن يصدر بالحكر عقد رسمى على يد رئيس المحكمة أو من يحيله عليه من القضاة أو الموثقين .

فلا تكفى هنا الرسمية العادية ، بل لا بد من استصدار حجة من المحكمة المختصة سواء على يد رئيس المحكمة التى أذنت بالحكر، أو على يد أحد القضاة أو الموثقين الذين تحيل إليهم المحكمة الأمر. فالحكر إذن عقد شكلى لا يتم إلا فى الشكل الذى رسمه القانون على هذا النحو [١].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" يكـــون الحكر بورقة رسمية إشعارا بخطره ، والرسمية شرط للانعقاد . فإن كانت العين موقوفة، وهو الغالب ، فلا تكفى الرسمية العاديـــة ، بل يجب أن يستصدر ناظر الوقف من المحكمة الشرعية الـــتى تقـــع فى دائرتها الأرض الموقوفة حجة شرعية ، لأن الحكر

تعطـــى للمحـــتكر الحـــق فى الانتفاع بالعقار المحتكر إلى الأبد أو لمدة طويلـــة ، وحق البناء عليه والتصرف فى ذات الحق وفى البناء – وهو حق يعتبر من أعمال التصرف لا من أعمال الإدارة ... إلخ " .
(طعن رقم ٤٦٩ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٧٠/١/٨)

(٢) الدكتور عبد الرزاق السنهورى الوسيط فى شرح القانون المدنى الجزء السادس المجلد الثانى ص ١٤٤٥– توفيق فرج ص ٣٦٣ .

ضـرب مـن ضروب التصرف ولايجوز التصرف فى الوقف إلا بإذن من القاضى "(١).

٢٨٣- شهر حق الحكر :

حـق الحكـر حق عينى أصلى ، فإنه عملا بالمادة التاسعة من قـانون تنظـيم الشـهر العقارى لا ينشأ لا فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبـة للغـير إلا بالتسـجيل . ومن ثم فإنه يجب تسجيل الصك الصـادر بإنشـاء حـق الحكر . فإذا لم يسجل فإنه لا يرتب سوى التزامات شخصية بين عاقدية .

---

(١) مجموعـة الأعمال التحضيرية جـ٦ ص ٥٧٢ وما بعدها - وقد قضت محكمـة النقض بأن عدم قيام وزارة الأوقاف بتنفيذ الحكم الصادر بفسخ الحكر منذ سنة ١٩٤١وقبولها بقاء المستحكر ينتفع بالعين يتضمن تنازلها عن هذا الحكم ، وبالتالى لا تكون هناك حاجة لإبرام عقد جديد يفرغ فى الشكل الذى تطلبتها المادة ١٠٠ من التقنين المدنى الجديد .

إذ جرى قضاءها على أن :

١- عـدم قيام الطاعنة - وزارة الأوقاف - بتنفيذ الحكم الصادر بفسخ الحكر، وقبولها بقاء المستحكر ينتفع بالعين المحكرة مقابل الأجرة المبينة بعقـد الحكـر المقضى بفسخه حتى تم استبدالها سنة ١٩٦٢ ، يتضمن تنازلها عن التمسك بالحكم الصادر بالفسخ ، وبالتالى فإنه لا تكون هناك حاجـة لإبـرام عقـد جديد يجب إفراغه فى الشكل الذى تطلبه القانون المدنى فى المادة ١٠٠٠ منه ".

(طعن رقم ١٧٠ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧٢/٣/٢٣)

مادة (١٠٠١)

للمحتكر أن يتصرف فى حقه وينتقل بالميراث .

الشرح

٣٨٤- تصرف المحتكر فى حق الحكر :

عقد الحكر ينشئ للمحتكر حقا عينيا أصليا فى الأرض المحتكرة، هـو حق الحكر . ومن ثم فإن للمحتكر التصرف فى حق الحكر ، سواء كان التصرف بعوض كالبيع أو بغير عوض كالهبة والوصية.

ولـه أن يرتب عليه حق انتفاع أو حق ارتفاق و له أن يؤجره . وله أن يحكر حقه فيكون هناك حق حكر على حق الحكر .

وله أن يـرهن حـق الحكر رهنا رسميا ، ما لم يكن هذا الحق موقوفا .

وكمـا ذكـرنا سلفا يجب تسجيل أى تصرف ناقل للملكية حتى يكـون حجـة بيـن طرفيه وبالنسبة للغير عملا بالمادة التاسعة من قانون تنظيم الشهر العقارى .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ولمـا كـان للمحتكر هذا الحق العينى ، فله أن يتصرف فيه بالبـيع أو بغيره من التصرفات ، كما ينتقل منه بالميراث . ويجوز لـه أن يقفه ، فإذا كان الحكر قائما على أرض موقوفة كان كل من

الحكـــر والرقـــبة موقوفا . وللمحتكر دعاوى الملكية والحيازة ككل حق عينى "[1] .

وللمحـــتكر حـــق الأخذ بالشفعة عملا بالمادة ٩٣٦ مدنى التى تجـــرى علـــى أن : " لمـــالك الرقبة فى الحكر إذا بيع حق الحكر، وللمستحكر إذا بيعت الرقبة " ، فيكون ذلك سببا من أسباب انقضاء حق الحكر عن طريق اتحاد الذمة .

وهـــذا الحق يتميز به المحتكر عن المستأجر وهو صاحب حق شخصى .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إنه وإن كان للمحتكر وفق النظام المقرر فى الشريعة الإسلامية أن يشـــفع ببنائه إلا أنه لايصح أن تقاس حالته على حالة المستأجر الـــذى يقيم بناء على الأرض التى استأجرها، ذلك أن المحتكر طبقا للنظام المشار إليه له حق عينى يتحمله العين فى يد كل حائز لها ، ويـــراد به استبقاء الأرض للبناء تحت يد المحتكر مادام قائما بدفع أجر المثل ، فهو مالك لمنافع العين ملكا أبديا بدوام دفعه أجرة المثل بخـــلاف المســـتأجر فإن عقد الإيجار لا يخوله إلا حقا شخصيا قبل المؤجـــر ولا يعطيه حق البقاء والاستقرار على الدوام فلا يثبت له حق الشفعة بوصفه جارا مالكا للبناء " .

(طعن رقم ١٠ اسنة ٢٢ جلسة ١٩٥٥/٢/٣)

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ٦ ص ٥٧٦ .

٣٨٥ـ انتقال الحكر بالميراث :

حـق الحكـر خلاف حق الانتفاع ينتقل بالميراث فهو لاينقضى بوفـاة المحتكر ، مع ملاحظة ما تنص عليه المادة ١٠٠٨/٢ مدنى من أنه إذا مات المحتكر قبل أن يبنى أو يغرس انتهى الحكر إلا إذا طلب جميع الورثة بقاء الحكر .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" مقتضـى عقد الحكر أن المحتكر له – فوق التصرف فى حق الحكـر بجمـيع أنواع التصرفات – حق الانتفاع بالأرض المحكرة وإقامة ما يشاء من المبانى عليها وله حق القرار ببنائه ، وملكية ما يحدثـه فى المبانى زيادة وتعديلا ملكا تاماً ، وينتقل عنه هذا الحق إلى خلفه العام أو الخاص ، كما أنه يعطى للمحتكر الحق فى حيازة العقـار المحتكر والانتفاع به دون غيره بكافة وجوه الانتفاع ما لم يرتـب هـو لغيره حقاً يجيز له الحيازة والانتفاع إذ أن حق القرار حـق عينى أصلى تتحمله العين المحتكرة فى يد كل حائز لها طالما بقى الحكر قائماً ومن ثم فإنه يقوم إلى جانب حق الرقبة- الذى هو للمحكـر – حق المنفعة المطلق للمحتكر ويستتبع ذلك أن يكون لهذا الأخير رفع دعاوى الملكية واسترداد العقار المحكور ممن يغتصبه. لمـا كـان ذلـك وكان الحكم المطعون فيه قد ذهب فى قضائه إلى رفض طلب الطاعنة إزالة المنشآت محل التداعى أو تثبيت ملكيتها

لها مستحقة الإزالة أو البقاء وطلبها طرد المطعون عليه الأول منها على قوله إنه "..... وقد ثبت من الأوراق أن عقد البدل لم يحرر ولم يتم شهره فإن ..... "الطاعنة" ... لم تعد مالكة بعد لرقبة أرض النزاع فلا يكون لها طلب إعمال المواد ٩٢٤، ٩٢٥، ٩٢٦ من القانون المدنى الخاصة بإزالة المنشآت المقامة على تلك الأرض إذ أن هذا الطلب لا يكون إلا لمالك الرقبة وعلى أساس قواعد الالتصاق المقررة للمالك الأمر الذى يتضح منه أن دعواها أقيمت قبل الأوان " . وكان هذا القول من محكمة الاستئناف خطأ فى فهم الأساس القانونى الصحيح الواجب بناء حكمها عليه وفضلا عن أنه لايواجه كل الطلبات المطروحة فى الدعوى فإن الطاعنة لم تستند إلى عقد الاستبدال ، وملكية حق الرقبة فى طلباتها وإنما ركنت فيها إلى حق الحكر وما يخوله لها من حق القرار وملكية ما أحدثه مورثها من منشآت على الأرض المحكرة ملكاً تاماً وانتقل إليها من بعده ، فيكون لها حق حيازتها والانتفاع بها بكافة الأوجه . هذا إلى أن لها بمقتضاه حقاً عينياً تتحمله العين المحتكرة فى يد كل حائز لها يراد به استبقاءها للبناء تحت يد المحتكر مادام الحكر قائماً. لما كان ما تقدم وكان البين من الأوراق وعلى ما حصله الحكم المطعون فيه وبما لا خلاف عليه بين الخصوم أن الحق فى الحكر على عين التداعى لازال قائماً للطاعنة بما كان يتعين معه على

محكمـــة الموضوع تكييف الدعوى تكييفاً صحيحاً وإعمال أثر قيام هــذا الحق المقرر للطاعنة وطبقاً لطلباتها فى الدعوى- على ما قام به المطعون عليه الأول – وحسبما كشفت عنه وقائعها – من أعمال مـــن مقتضـــاها المساس بحقوق المحتكرة والاعتداء على حقها فى القـــرار دون مسوغ أو سند ، وإذ لم يلتزم الحكم المطعون فيه هذا الـــنظر وقضى برفض دعواها برمتها بما اشتملت عليه من طلبات علـــى نحـــو ما سلف بيانه تأسيسا على عدم تملكها الرقبة فتحجب بذلك عن الفصل فى هذه الطلبات فإنه يكون قد أخطأ فى القانون بما يستوجب نقضه لهذا السبب دون حاجة لبحث باقى أسباب الطعن".

(طعن رقم ١٧٦٦ لسنة ٦١ ق جلسة ١٩٩٦/٤/١٤)

مـــادة (١٠٠٢)

يمتلك المحتكر ما أحدثه من بناء أو غراس أو غيره ملكا تاما وله أن يتصرف فيه وحده أو مقترنا بحق الحكر .

الشرح

٣٨٦ـ ملكية المحتكر للبناء والغراس وحقه فى التصرف فيه :

ذكــرنا سلفا أن للمحتكر حق عينى على الأرض المحكرة، هو حـــق الحكر . وهذا الحق يخول للمحتكر الانتفاع بالأرض المحكرة انـــتفاعا من شأنه تعميرها واستصلاحها ، وأكثر ما يتحقق ذلك عن طريق البناء أو بالغرس فيها .

والبـــناء والغـــراس الذى يحدثه المحتكر يكون ملكا خالصا له . ويجـــوز له التصـــرف فيه ، سواء كان التصرف بعوض أو على سبيل التبرع .

وهـــو بذلك يكون له حق الحكر على الأرض وحق الملكية على البناء والغراس .

وإن كـــان الغالـــب أن يتصرف المحتكر فى حق الحكر والبناء والغراس مجتمعين ، لأن كل منهما مكمل للآخر .

إلا أنـــه يجـــوز لـــه التصرف فى كل من : حق الحكر والبناء والغـــراس على استقلال كأن يبيع البناء لمشتر ويكتفى بأن يؤجر له حق الحكر. فيكون على العقار فى هذه الحالة أصحاب حقوق ثلاثة:

صاحب الرقبة والمحتكروصاحب البناء ويفى المحتكر بأجرة الحكر لصاحب الرقبة ويستوفى الأجرة المشترطة من صاحب البناء.

وقـد يتصرف المحتكر فى حق الحكر دون البناء أو الغراس ، ويصـبح هـو المستأجر لحق الحكر فى هذه الحالة مع بقائه مالكا للبناء أو الغراس (١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " مـن مقتضـى عقد الحكر أن للمحتكر إقامة ما يشاء من المـبانى علـى الأرض المحتكرة وله حق القرار ببنائه حتى ينتهى حـق الحكر ، كما أن له أن يحدث فى المبانى زيادة وتعديلا ، وله ملكية ما أحدثه من بناء ملكا تاما يتصرف فيه وحده أو مقترنا بحق الحكر ، وينتقل عنه هذا الحق إلى ورثته . ولكنه فى كل هذا تكون حيازته للأرض المحتكرة حيازة وقتية لاتكسبه الملك إلا إذا حصل تغيـير فى سبب حيازته يزيل عنها صفة الوقتية ، ولايكفى فى ذلك مجرد تغيير الحائز الوقتى لنيته بل يجب أن يقترن تغيير النية بفعل إيجـابى ظاهـر يجابه به مالك الحق بالإنكار الساطع والمعارضة العلنية ويدل دلالة جازمة على أن ذا اليد الوقتية مزمع إنكار الملكية على صاحبها والاستئثار بها دونه " .

(طعن رقم ٢١٨ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٤/٢/٢٠)

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ٢٩٣ .

٢- " مـــن مقتضــــى عقــد الحكر - وعلى ما جرى به قضاء محكمـــة الـــنقض - أن للمحـــتكر إقامة ما يشاء من المبانى على الأرض المحكرة وله حق القرار ببنائه حتى ينتهى حق الحكر ، وله ملكـــية مـــا أحدثه من بناء ملكا تاماً ، يتصرف فيه وحده أو مقترنا بحـــق الحكـــر ، وينتقل عنه هذا الحق إلى ورثته لكنه فى كل هذا تكون حيازته للأرض المحكرة حيازة وقتية لاتكسبه الملك " .

(طعن رقم ١٢٢ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧٢/٣/٧)

٣- " مـــن مقتضى عقد الحكر أن يتملك المستحكر حق الانتفاع بـــالأرض المحكـــرة بالبناء أو الغراس بينما يحتفظ المحكر بملكية الرقـــبة المحكـــرة ، كما أن للمستحكر أن يتصرف فى حق الحكر بالبيع أو بغيره من التصرفات " .

(طعن رقم ١٤١٥ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨١/٣/٢٤)

٤- " عقد الحكر يجيز للمحتكر إقامة ما يشاء من المبانى على الأرض المحكـــرة ، باعتبار أن له حق القرار إلى أن ينتهى الحكر، وحـــق ملكية ما أحدثه من بناء ملكاً تاماً يتصرف فيه وحده وينتقل منه إلى ورثته مادام يدفع أجر المثل " .

(طعن رقم٢٥٢٢ لسنة ٦٣ ق جلسة ٢٠٠٠/٥/٣٠ - لم ينشر بعد)

٥- " لمـــا كان الثابت بالأوراق أن دفاع هيئة الأوقاف الطاعنة جرى فى شق منه بأن المطعون ضده يضع يده على قطعة الأرض

موضــوع الــنزاع ويســدد مقابل انتفاعه بها ، وفى شق آخر بأنه غاصــب لــلأرض ، فــى حيــن جاء بتقرير الخبيرة المندوبة فى الدعــوى، وفى ردها على اعتراضات الطاعنة على هذا التقرير أن تلك الأرض كانت محكرة من الإصلاح الزراعى منذ عام ١٩٦٤ ، وأن المطعــون ضــده أقــام عليها مبان بالطوب الأحمر فى المدة الســابقة علــى عــام ١٩٧٢ ، ثم استبدلها بمبان بالطوب الأحمر والخرســانة المسلحة فى عام ١٩٧٩ ، .... وكان البين من الحكم الابتدائى المؤيد لأسبابه بالحكم المطعون فيه أنه أقام قضاءه برفض الدعوى على سند مما ورد بتقرير الخبير المندوب فيها من أن هيئة الأوقــاف لــم تقدم المستندات التى تلزم المطعون ضده بعدم إقامة مــبان خرسانية على الأرض محل النزاع ، ولم يعن بتحديد طبيعة العلاقــة الــتى تربط بين طرفى الدعوى ، وبيان ما إذا كانت تلك الأرض محكــرة ، أم مؤجرة ، أم أن المطعون ضده كان يضع يده علــيها بطريق الغصب ، الأمر الذى يبين منه أن محكمة الموضوع لــم تحــدد واقعــة الدعوى تحديدا كافيا يكشف عن أنها فهمت هذا الواقــع فهمــا صحيحا مستمدا من أصول ثابتة فى الأوراق ، فإن حكمها يكون معيباً بقصور يبطله " .

(طعن رقم ٢٥٢٢ لسنة ٦٣ ق جلسة ٢٠٠٠/٥/٣٠- لم ينشر بعد)

٣٨٧- الأهلية اللازمة للتصرف فى الحكر :

يترتب على أن حق الحكر حق عينى ، أن عقد الحكر يعتبر من أعمـــال التصرف ، بعكس الإيجار فهو من أعمال الإدارة . ولذلك يلـــزم للتصرف فى حق الحكر أهلية التصرف أى الأهلية الكاملة ، كما يلزم فى الوكالة فى التصرف الوكالة الخاصة .

(راجـــع نقـــض طعن ٤٦٩ لسنة ٣٥ق جلسة ١٩٧٠/١/٨ منشور ببند ٣٨٢)

٣٨٨- الدعاوى التى تحمى حق الحكر :

حـــق الحكـــر تحميه – كسائر الحقوق العينية – دعاوى الحق ودعاوى الحيازة أيضا [١].

٣٨٩- هل يجوز كسب حق الحكر بالتقادم ؟

ذهـــب رأى إلى أنه لايجوز كسب حق الحكر بالتقادم بعد العمل بالتقنين المدنى الجديد لأن هذا الحق لايتقرر إلا بموجب عقد شكلى. والأصـــل أن الحـــق الـــذى لاينشأ إلا بعد مراعاة إجراءات شكلية موضوعه لايكسب بالتقادم ، كما هو الحال فى الرهن الرسمى وفى الوقف [٢].

---

(١) مذكرة المشروع التمهيدى مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ٦ ص٥٧٦- محمد كامل مرسى ص ٣٤٩- عبد المنعم البدراوى ص ٢٩٣ .

(٢) السنهورى ص ١٤٤٧ .

بينما ذهب رأى آخر إلى أنه يجوز كسب الحكر بالتقادم بوضع اليد على أرض الوقف ودفع الأجرة كمحتكر وتمام مدة التقادم(١).

وكان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى يتضمن مادة (محذوفة) برقم ١٢٥٨ تنص على أن : "يجوز أن يكسب حق الحكر بالتقادم".

وجاء عنها بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ١- كسب الحكر بالتقادم مبدأ سار عليه القضاء المختلط . فإذا وضع شخص يده على أرض موقوفة باعتباره محتكرا دون أن يكون له هذا الحق ، واستمر يدفع أجرة الحكر ثلاثا وثلاثين سنة كسب حق الحكر بالتقادم .

أما إذا كانت الأرض غير موقوفة فإنه يملك حق الحكر بالتقادم فى خمس عشرة سنة ، أو بالتقادم القصير فى خمس سنوات (استئناف مختلط ١٥ مايو ١٩٠١ ب ١٣ ص ٣٠٨ ، وأول فبراير ١٩١٧ ب ٢٩ ص ١٩٥ و ٣١ يناير ١٩١٨ ب ٣ ص ١٩٣) .

٢- على أن كسب الحكر بالتقادم فيه نظر ، لأن الحق فى الأرض الموقوفة لا ينشأ إلا بعد استصدار حجة شرعية ولاينشأ فى الأرض غير الموقوفة إلا بعقد رسمى ، وفقا لأحكام المشروع . والأصل أن الحق الذى لا ينشأ إلا بعد مراعاة إجراءات شكلية موضوعه لايكسب بالتقادم، كما هو الحال فى الرهن الرسمى وفى الوقف.

---

(١) محمد كامل مرسى ص ٣٦٦ وما بعدها .

وقــد أصـــبح هذا الأصل أولى بالاتباع بعد أن قرر المشروع الرســمية فـــى تقرير الحكر حتى على أرض غير موقوفة . (لذلك يحســن أن يحذف هذا النص من المشروع ، ويستبدل به نص ييسر إثبات الحكر إذا كان قديما فيفى ببعض الأغراض التى أريد تحقيقها بالــنص القـــائم " ، إلا أن النص المذكور حذف فى لجنة المراجعة ويبدو أن ذلك استجابه لما أوضحت به مذكرة المشروع التمهيدى[1].

ونرى الأخذ بالرأى الأول .

أما بالنسبة للأحكار القديمة التى أنشئت على أعيان غير موقوفة فيجوز اكتسابها بالتقادم .

وإذا كســـب شخص حق الحكر من المالك الحقيقى بالتقادم ، فلا يجــوز لـــه أن يكسب ملكية العقار نفسه بالتقادم بمجرد امتناعه عن دفع أجرة الحكر ، لأنه وضع يده على العقار كمحتكر لا كمالك .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " الإقــرار بالاســتحكار مانع من تملك الأرض المحكرة ، مهما طالت مدة سكوت المحكر عن المطالبة بالحكر السنوى " .

(طعن رقم ١١ لسنة ٢ ق جلسة ١٩٣٢/٦/٢)

٢- " وضـــع يد المحتكر وورثته من بعده هو وضع يد مؤقت مـــانع من كسب الملكية مما ينطبق عليه نص المادة ٧٩ من القانون

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٦ ص ٥٧١ هامش (١) ومابعدها .

المدنـــى الـــتى تنص على عدم إمكان ثبوت ملكية العقار " لمن كن واضـــعا يده عليه بسبب معلوم غير أسباب التمليك سواء كان ذلك السبب مبتدأ منه أو سابقا ممن آلت منه إليه " .

(طعن رقم ١ لسنة ٥ ق جلسة ١٩٣٥/١٠/٣١)

مـــادة (١٠٠٣)

١- على المحتكر أن يؤدى الأجرة المتفق عليها إلى المحكر .

٢- وتكـــون الأجـــرة مستحقة الدفع فى نهاية كل سنة ما لم ينص عقد التحكير على غير ذلك .

الشرح

٣٩٠- التزام المحتكر بأداء الأجرة إلى المحكر :

يلـــتزم المحتكر بأداء الأجرة المتفق عليها إلى المحكر . والتزام المحتكر بأداء الأجرة التزام شخصى وتحميه دعوى شخصية .

وتخـــتص بنظر دعوى المطالبة بالأجرة محكمة موطن المدعى عليه ويجب استصدار أمر أداء بها إذا توافرت شروط استصداره.

وينتقل الالتزام بأداء الأجرة إلى خلف كل من المحكر والمحتكر، سواء كان خلفا عاما أو خاصا طبقا للقواعد العامة [١].

---

(١) وكانت الفقرة الأولى من المادة (١٢٦٢) من المشروع التمهيدى المقابلة للفقـــرة الأول مـــن المادة (١٠٠٣) من التقنين المدنى تنص على أن : "على المحتكر أو من يخلفه أن يؤدى الأجرة المتفق عليها إلى المحكر أو مـــن يخلفه " إلا أن لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ خذفت عبارتى "أو من يخلفه فى حق الحكر " و " أو من يخلفه " الواردتين بهذه الفقرة " لأن القواعـــد العامة تقضى دائما بالتزام الخلف بما يلتزم به السلف أى جاء الحذف اكتفاء بالقواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ٦ ص ٥٨٠ وما بعدها) .

وتخضـــع الأجرة للقواعد العامة التى تسرى على الأجرة بصفة عامـــة ، من حيث أحكام الوفاء بها والتقادم الخمسى باعتبارها من الديـــون الدورية المتجددة إلا أنه يستثنى من القواعد العامة ما ورد نص بخصوصه على نحو ما سنرى فى موضعه .

٣٩١- استحقاق الأجرة فى نهاية كل سنة :

حددت الفقرة الثانية من المادة الميعاد ميعادا لدفع الأجرة المتفق عليها، هو نهاية كل سنة . بمعنى أن تكون الأجرة مؤجلة لامعجلة، على خلاف القواعد العامة وذلك ما لم يتفق على غيره .

ويترتـــب علـــى ذلك أنه لاتجوز مطالبة المحتكر بالأجرة قبل مـــيعاد السنة المذكور أما إذا تأخر المحتكر فى الوفاء بالأجرة عن هـــذا الميعاد كان للمحكر مطالبته بها والتنفيذ عينا مع التعويض إن كان له مقتض .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ١- تعـــرض هـــذه النصوص (المواد ١٢٦٢- ١٢٦٦ لأهم التزام على المحتكر وهو دفع أجرة الحكر فعليه أن يؤدى لصاحب الرقبة الأجرة المتفق عليها فى نهاية كل سنة إلا إذا حدد ميعاد آخر للدفع ... الخ " [١].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ٦ ص ٥٨٥ .

مـــادة (١٠٠٤)

١- لا يجوز التحكير بأقل من أجرة المثل .

٢- وتــزيد هــذه الأجرة أو تنقص كلما بلغ التغيير فى أجرة المثل حدا يجاوز الخمس زيادة أو نقصا ، على أن يكون قد مضى ثمانى سنوات على آخر تقدير .

الشرح

٣٩٢- عدم جواز التحكير بأقل من أجرة المثل :

الخاصية الجوهرية فى أجرة الحكر هى وجوب أن تكون أجرة المثل من مبدأ التعاقد . وهذا الحكم مأخوذ من الشريعة الإسلامية ، وهو ينطبق على الأحكار السابقة على تاريخ العمل بالتقنين المدنى الجديــد فى ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، كما ينطبق على الأحكار التى أنشئت منذ العمل بهذا القانون .

ولهــذا فإنه عند إعطاء المحكمة الإذن بالتحكير ينبغى أن تدخل فى اعتبارها ألا تقل الأجرة عن ذلك مراعاة لمصلحة الحكر

وهذا لايمنع من أن تصحح المحكمة خطأها فيما بعد إذا كانت قد أذنت بالتحكير بأقل من أجرة المثل [١].

---

(١) السنهورى ص ١٤٥٨.

وأجرة المثل هذه هى عادة أجرة زهيدة بالنظر إلى أن الأرض الموقوفـــة تكون غالبا خربة أو بحاجة إلى إصلاح كبير مما يتطلب نفقات باهظة .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إن مـــا قـــرره الشرع والقانون (لائحة الأوقاف) من أن تقدير أجرة الحكر يكون على مثل أرض الوقف يقتضى معرفة ماذا كانت عليه حالة أرض الوقف عند التحكير . والمحتكر هو المكلف بإثـــبات حالتها تلك القديمة. وقاضى الموضوع متى تحرى وتحقق وقـــرر للأرض حالة أصلية خاصة ، أو متى قدر الخبير لها حالة خاصـــة واعتمدها القاضى ، وبين فى حكمه علة اعتباره إياها على هـــذه الحالة الخاصة فى مبدأ التحكير ، كان رأيه فى ذلك طبعاً من مسائل الموضوع التى لا رقابة عليه فيها لمحكمة النقض " .

(طعن رقم ٩٤ لسنة ٣ ق جلسة ١٩٣٤/٦/١٤)

٢- " إذا لـــم تهـــتد محكمـــة النقض إلى الطريقة التى تكون قد راعتها محكمة الموضوع فى تقدير الحكر ، وهل كانت متمشية مع المـــبادئ القانونية المتقدمة الذكر أم لا ، وهل للطاعن ظلامة أم لا نقضت الحكم المطعون فيه لقصوره " .

(طعن رقم ٩٤ لسنة ٣ ق جلسة ١٩٣٤/٦/١٤)

٣- " محكمـــة الموضـــوع غير ملزمة بوقف الدعوى المتعلقة بالمطالـــبة بمقابل التحكير أو بمقابل الانتفاع أو بالقيمة الإيجارية إلا إذا أثيرت المنازعة حول ملكية العين الوارد عليها هذا الطلب ، أما إذا أثيرت وفصل فيها بقضاء قطعى فإن المنازعة لا تكون لها محل بعـــد هـــذا القضاء ولا يكون لمن صدر عليه الحكم بذلك أن يعود لمناقشة المسألة التى تم الفصل فيها كما لا يجوز ذلك للمحكمة حتى لـــو قدمـــت لهـــا أدلة جديدة قاطعة فى مخالفة الحكم السابق ومتى احـــتوى الحكم بندب خبير فى أسبابه على القضاء بصفة قطعية فى شـــق مـــن الخصومة فإنه لايجوز إعادة النظر فى هذا القضاء لدى ذات المحكمة " .

(طعن رقم ٢٠٣ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٧٩/١/٢٤)

٤- " يلـــتزم المحتكر بمقتضى المواد ١٠٠٣، ١٠٠٤، ١٠٠٥ مـــن القانون المدنى بأداء المقابل المتفق عليه إلى المحكر وعلى أن يكـــون هذا المقابل مستحق الدفع فى نهاية كل سنة ما لم ينص عقد التحكـــير علـــى غير ذلك وبزيادة المقابل وفقا لأجر المثل وصقع المكـــان وذلك بخلاف إيجار الوقف إذ العبرة فيه بأجرة المثل وفقا لـــنص المـــادة ٦٣٢ من القانون المدنى بالوقت الذى أبرم فيه عقد الإيجار فلا يقيد بما يستجد من ظروف اقتصادية بعد ذلك ترفع من قيمة المقابل " .

(طعن رقم ١٠٧٤ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٨٤/٦/٢٠)

ولا يقتصر الأمر على تحديد الأجرة وقت إنشاء حق الحكر بما لا يقل عن أجرة المثل ، وإنما يجب أن تبقى أجرة المثل طوال المدة، فتزيد أو تنقص كلما بلغ التغيير فى أجرة المثل حدا كبيرا زيادة أو نقصا كما سنرى فى البند التالى .

٣٩٣ـ زيادة الأجرة وإنقاصها :

تنص الفقرة الثانية من المادة على أن : " وتزيد هذه الأجرة أو تنقص كلما بلغ التغيير فى أجرة المثل حدا يجاوز الخمس زيادة أو نقصا على أن يكون قد مضى ثمانى سنوات على آخر تقدير ".

ويبين من هذا النص أنه يشترط لزيادة الأجرة على أجرة المثل التى قدرت بعقد التحكير أو إنقاصها عن هذه الأجرة توافر شرطين:

١- أن تبلغ زيادة الأجرة على أجرة المثل أو يبلغ نقصها عن أجرة المثل ما يزيد على خمس أجرة المثل ، وقدر النص هذه النسبة قياسا على الغبن الفاحش [1].

---

(١) **وقد قضت محكمة النقض بأن :**

" أجرة الحكر – طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية – تتغير تبعا لتغير أجرة المثل متى بلغ هذا التغيير حدا كبيرا زيادة أو نقصا ، فهى بطبيعتها قابلة للتغيير " .

(طعن رقم ٤١١ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧٢/٦/١٣)

٢- أن يكــون قــد مضى ثمانى سنوات على آخر تقدير لأجرة المــثل. والحكمة فى ذلك هو أن يكون هناك شئ من الاستقرار فى الــتعامل ، فــلا تكون الأجرة عرضة للتغيير فى كل وقت . وحدد المشــرع المــدة بــثمانى سنوات تمشيا مع المقرر فى إعادة تقدير الضرائب الخاصة بالعقارات [١].

وزيــادة الأجرة أو نقصانها كلما بلغ التغيير قدرا معينا، هو ما يطلق عليه " تصقيع الحكر " .

وهــو نظــام مســتمد من الشريعة الإسلامية ، وإن كان الفقه الإســلامى لــم يحدد مدة معينة يجب انقضاؤها على آخر تقدير ، لإجراء الزيادة أو النقصان .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" ما تشترطه المادة ١٠٠٤ من القانون المدنى القائم لقبول طلب تعديــل أجــرة الحكر من مضى ثمانى سنوات على آخر تقدير هو حكــم مستحدث وليس فى أحكام الشريعة الإسلامية ولا فى القواعد

---

(١) ولــم تكــن الفقرة الثانية من المادة (١٢٦٣) من المشروع التمهيدى المقابلــة للفقرة الثانية من المادة (١٠٠٤) من التقنين المدنى تحدد مدة يجــب انقضــاؤها علــى آخر تقدير . وفى لجنة المراجعة رأت اللجنة اشــتراط مضى ثلاث سنوات على آخر تقدير . إلا أن هذه المدة زيدت فى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ إلى ثمانى سنوات ، بعد أن رأت فى البداية جعلها ست سنوات (مجموعة الأعمال التحضيرية جــ٦ ص ٥٨٢ وما بعدها) .

التى قررها الفقه والقضاء قبل صدور هذا القانون ما كان يقيد طلب تصـــقيع الحكر بوجوب مضى مدة معينة على آخر تقدير بل إن ما تقضـــى به أحكام الشريعة هو أن المحتكر تلزمه الزيادة كلما زادت أجــرة المـــثل زيادة فاحشة . ولقد كان من المقرر فى ظل القانون المدنــــى الملغـــى أن تقدير ما إذا كان التغيير الذى طرأ على أجرة المثل بلغ الحد الذى يبرر طلب الزيادة أو لم يبلغه من مسائل الواقع التى يستقل بها قاضى الموضوع " .

(طعن رقم ٣٨٢ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٦/٤/١٩٦٤)

٣٩٤ـ لايجوز الاتفاق على عدم زيادة الأجرة :

لايجــوز الاتفاق مع المحتكر على عدم زيادة الأجرة فمثل هذا الاتفاق يقع باطلا لايقيد المحتكر ، ذلك أن حكم المادة يتعلق بالنظام العـــام ، إذ مـــن المـــبادئ المقـــررة أن الحكر يتغير تبعا للزمان والمكان(١).

---

(١) محمد كامل مرسى ص ٣٦٣ .

مادة (١٠٠٥)

يرجع في تقدير الزيادة أو النقص إلى ما للأرض من قيمة إيجارية وقت التقدير ، ويراعى في ذلك صقع الأرض ورغبات الناس فيها بغض النظر عما يوجد فيها من بناء أو غراس ، ودون اعتبار لما أحدثه المحتكر فيها من تحسين أو إتلاف في ذات الأرض أو في صقع الجهة ، ودون تأثر بما للمحتكر على الأرض من حق القرار .

الشرح

٣٩٥- كيفية التقدير عند النظر في تصقيع الحكر :

يتضح من النص أنه عند النظر في تصقيع الحكر ، أنه يقتصر الأمر على النظر إلى القيمة الإيجارية للأرض وقت التقدير .

ويراعى في ذلك صقع الأرض (أي الجهة والناحية) ورغبات الناس فيها .

أي أنه ينظر إلى الأرض باعتبارها خالية من البناء والغراس وعند إنشاء الحكر . فإذا كان الحكر على أرض موات فأحياها المحتكر بعمله فينظر إلى تقديرها وقت أن كانت مواتا . وإذا كانت بركة أو منخفضا أو تلالا فردمها المحتكر أو أزال التلال وأصلحها فإنه ينظر إلى تقديرها باعتبار أصلها عند مبدأ التحكير .

ولا اعتبار فى ذلك لما يوجد فيها من بناء أو غراس ، أو لما أحدثه المحتكر فيها من تحسين أو إتلاف فى ذات الأرض أو فى صقع الجهة .

وحق القرار الثابت للمحتكر ، وإن كان لا تأثير له فى تقدير قيمة الحكر ، إلا أن البناء الذى يقيمه المحتكر فى أرض الوقف من شأنه أن يقلل من قيمة الحكر وهى أجرة المثل إذا كان له دخل ما فى تحسين صقع الجهة التى فيها أرض الوقف .

ولما كان كثيرا من الأوقاف المحتكرة يصعب معرفة أصل حالتها عند التحكير لمضى الزمن فالمحتكر هو المكلف بإثبات حالتها القديمة ، إذ هى من قبله دعوى مخالفة للظاهر من الأمر. وقاضى الموضوع متى تحرى وحقق وقدر للأرض حالة أصلية خاصة، أو متى قدر الخبير لها حالة خاصة واعتمدها القاضى ، وبين فى حكمه علة اعتباره إياها على هذه الحالة الخاصة فى مبدأ التحكير ، كان رأيه من مسائل الموضوع التى لا رقابة عليه فيها[١].

---

(١) محمد كامل مرسى ص ٣٦٠ .

ومـــا تضمنه النص تقنين لما أخذت به محكمة النقض فى ظل القـــانون القديم فى حكمها الصادر بتاريخ ١٩٣٤/٦/١٤ فى الطعن رقم ٩٤ لسنة ٣ق [1] (منشور فيما يلى) .

---

(١) وقد كانت طريقة تصقيع الحكر محل خلاف شديد فبينما ذهب المحتكرون إلى تقدير ذلك على أساس نظرية معروفة تعرف بنظرية " النسبة" راعوا فيها مصلحتهم . ويتم التقدير وفقا لهذه النظرية بالرجوع إلى النسبة بين أجـــرة الحكـــر وقـــت التحكير وقيمة الأرض فى ذلك الوقت ، ثم تزاد الأجـــرة بالنسبة التى زادت بها قيمة الأرض وقت التصقيع . فإذا كانت الأجرة جنيها واحدا وقت التحكير . وكانت قيمة الأرض ألف جنيه مثلا، فـــإن زيـــادة قيمة الأرض بعد ذلك ولتكن مثلا عشرة آلاف جنيه ترتب علـــيه زيـــادة الأجـــرة إلى عشرة جنيهات . وهى زيادة طفيفة لاتضر المحتكريـــن ولا تعـــم بفائدة ملموسة على المحكرين . وإذا كان هو ما ذهـــب إلـــيه المحـــتكرون ، فقد ذهب المحكرون وعلى رأسهم وزارة الأوقاف إلى غير ذلك ، ويتلخص ما ذهبوا إليه فى أن يقدر الحكر وهو حـــق مالك الرقبة بالثلث ، وحق المحتكر وهو صاحب المنفعة بالثلثين، وذلك من قيمة أجرة الأرض المحكرة خالية من البناء ، وأن تحسب هذه الأجرة باعتبار ٥% من ثمن الأرض حرة ، وألا يعدل عن هذه القاعدة إلا فى الأحوال التى يقضى فيها صقع الأرض والرغبة فيها بالزيادة أو النقص عن القدر المتقدم ذكره . ففى المثل سالف الذكر ، وقد بلغت قيمة الأرض وقـــت التصقيع عشرة آلاف من الجنيهات تحسب الأجرة بمقدار ٥% من هذه القيمة فتكون خمسمائة جنيه . ويكون نصيب حق المحكر مـــن هذه الأجرة هو الثلث، فتكون أجرة الحكر بعد التصقيع هى ١٦٦ وثلثين جنيها بدلا من ١٠ جنيهات بحسب نظرية المحتكرين .
(السنهورى ص ١٤٦١ ومابعدها– محمد على عمران ص ٤٣ هامش١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " الاحـــتكار من وضع فقهاء الشرع الاسلامى، وهو عندهم "عقـــد إيجـــار يعطـــى للمحـــتكر حق البقاء والقرار على الأرض المحكـــورة مـــادام يدفع أجرة المثل ". وتقدير أجرته يكون : (أولا) علـــى اعتبار أن الأرض حرة خالية من البناء. (ثانيا) لا يلاحظ فيه سوى حالة الصقع (أى الجهة والناحية) الذى فيه الأرض المحكورة ورغـــبات الـــناس فيها . وأن يصرف النظر عن التحسين اللاحق بذات الأرض أو بصقع الجهة بسبب البناء الذى أقامه المحتكر " .

(طعن رقم ٩٤ لسنة ٣ ق جلسة ١٩٣٤/٦/١٤)

٢- " إن حـــق القـــرار الذى للمتحكر لا تأثير له فى تقدير قيمة الحكر، لكن البناء الذى يقيمه المحتكر فى أرض الوقف من شأنه أن يقلل من هذه القيمة وهى أجر المثل، إذا كان له دخل ما فى تحسين صـــقع الجهة التى فيها أرض الوقف ، بحيث إن قاضى الموضوع مـــتى اقـــتطع مـــن أجر المثل قدراً ما ، مقرراً أنه ثبت له أن بناء

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" حجـــية الحكـــم الذى قضى بوجوب اتباع قاعدة النسبة فى تقدير أجرة الحكـــر عند طلب تصقيعه ، لاتتعدى فى هذا الخصوص نطاق الدعوى التى صدر فيها " .

(طعن رقم ٤١١ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧٢/٦/١٣)

المحـــتكر قد زاد فى الصقع بقدر هذه الحطيطة التى يقتطعها ، فلا رقابة لأحد عليه " .

(طعن رقم ٩٤ لسنة ٣ ق جلسة ١٩٣٤/٦/١٤)

٣- " إذا لـــم تهـــتد محكمـــة النقض إلى الطريقة التى تكون قد راعتها محكمة الموضوع فى تقدير الحكر ، وهل كانت متمشية مع المــبادئ القانونية المتقدمة الذكر أم لا ، وهل للطاعن وجوه ظلامة أم لا نقضت الحكم المطعون فيه لقصورة " .

(طعن رقم ٩٤ لسنة ٣ ق جلسة ١٩٣٤/٦/١٤)

٤- " إن حكم القانون فى تقدير أجرة الحكر- على ما سبق أن قررته محكمة النقض – هو أنه لايعتبر فيه بحق البقاء والقرار الذى للمحـــتكر فـــإن حـــق الـــبقاء والقرار هو فى مقابل أجرة الأرض المحكـــرة وصاحبه لا يحصل عليه إلا بهذا المقابل ، فلا يمكن أن يكـــون لهذا الحق أثر فى تقدير المقابل له . ومن ثم يكون المحتكر ملـــزماً دائمـــاً ولابـــد بأجرة المثل كاملة غير منقوصة . أما القول بـــتقدير القيمة على أساس نسبة الثلث إلى الثلثين من قيمة الأرض، علـــى مـــا ورد فى قانون رسم الأيلولة على التركات ، فمحله إنما يكـــون عند تقدير قيمة حق كل من المحكر والمحتكر بعد أن يكون المحـــتكر قد حصل على حق البقاء والاستقرار مقابل الأجرة سواء

لتحصـــيل الضـــريبة المستحقة عليهما أو فى حالة استبدال الأرض المحكرة " .

(طعن رقم ٦١ لسنة ١٥ ق جلسة ١٩٤٦/٤/١١)

٥- " الاحتكار من وضع فقهاء الشرع الاسلامى . وهو عندهم "عقــد إيجــار يعطـــى للمحـــتكر حق البقاء والقرار على الأرض المحكـــورة مـــادام يدفع أجرة المثل " وتقدير أجرته يكون : (أولاً) على اعتبار أن الأرض حرة خالية من البناء ، (ثانيا) لا يلاحظ فيه سوى حالة الصقع (أى الجهة والناحية) الذى فيه الأرض المحكورة ورغـــبات الـــناس فيها ، وأن يصرف النظر عن التحسين اللاحق بذات الأرض أو بصقع الجهة بسبب البناء الذى أقامه المحتكر" .

(طعن رقم ١ لسنة ٨ ق جلسة ١٩٣٨/٤/٢١)

٦- " إن حـــق القـــرار الذى للمحتكر لا تأثير له فى تقدير قيمة الحكـــر ، لكن البناء الذى يقيمه المحتكر فى أرض الوقف من شأنه أن يقلـــل مـــن هـــذه القيمة وهى أجر المثل إذا كان له دخل ما فى تحســـين صـــقع الجهـــة التى فيها أرض الوقف، بحيث أن قاضى الموضـــوع متى اقتطع من أجر المثل قدراً ما مقرراً أنه ثبت له أن بناء المحتكر قد زاد فى الصقع بقدر هذه الحطيطة التى اقتطعها فلا رقابة لأحد عليه " .

(طعن رقم ١ لسنة ٨ ق جلسة ١٩٣٨/٤/٢١)

٧- " إذا لـم تهـتد محكمـة النقض إلى الطريقة التى تكون قد راعـتها محكمة الموضوع فى تقدير الحكر، وهل كانت متمشية مع المـبادئ القانونية المتقدمة الذكر أم لا ، نقضت الحكم المطعون فيه لقصوره " .

(طعن رقم ١ لسنة ٨ ق جلسة ١٩٣٨/٤/٢١)

٨- " القـاعدة الصحيحة الواجبة الاتباع فى تقدير أجرة الحكر عـند طلب تصقيعه هى- على ما قررته محكمة النقض – أخذا من المبادئ الشرعية- فى حكمها الصادر فى ١٤ من يونيو سنة ١٩٣٤ وجـرى علـيه قضاؤها- أن يكون التقدير على اعتبار أن الأرض حـرة خالـية من البناء وألا يلاحظ فيه سوى حالة الصقع الذى فيه الأرض المحكـرة ورغـبات الـناس فيها وأن يصرف النظر عن التحسـين اللاحـق بذات الأرض وبصقع الجهة بسبب البناء الذى أقامـه المحتكر، وألا يكون لحق البقاء والقرار الذى للمحتكر تأثير فـى التقدير . وقد صرحت محكمة النقض فى حكمها سالف الذكر بأنهـا تـرفض الأخذ بنظرية "النسبة" التى تقضى بالمحافظة على النسبة بين أجرة الحكر وقت التحكير وقيمة الأرض فى ذلك الوقت وقالت عنها أنه لا أصل لها فى الشريعة الإسلامية وأن أجرة الحكر يجـب أن تكـون دائمـا هى أجرة المثل . ولقد أخذ التقنين المدنى بالقاعدة التى قررتها محكمة النقض وقننها بما نص عليه فى المادة

١٠٠٥ منه ونبذ نظرية النسبة وذلك على ما يبين من الأعمال التحضيرية وإذا كانت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى قد تضمنت عبارات صريحة تفيد الأخذ بهذه النظرية وإسنادها خطأ إلى محكمة النقض فقد نسخ ذلك ما جرى بعدها من تعديلات أدخلتها لجنة الشيوخ على النص الذى كان وارداً فى المشروع التمهيدى وما ظهر جلياً من اتجاه هذه اللجنة إلى عدم الأخذ بنظرية النسبة وفات واضعو المشروع بعد إدخال هذا التعديل أن يصححوا على مقتضاه ما تضمنته المذكرة فى هذا الخصوص " .

(طعن رقم ٣٨٢ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٤/٤/١٦)

٩- " المحتكر هو المكلف بإثبات الحالة القديمة للأرض المحكرة إن ادعى أنها لم تكن وقت تحكيرها أرضاً فضاء- كما اعتبرتها المحكمة عند تصقيع الحكر بل كانت بركة وأصلحها على نفقته . إذ هذه من قبله دعوى مخالفة للظاهر من الأمر ، وإذا لم يدع المحتكر هذه الدعوى أمام محكمة الموضوع فإنه لايجوز له أن يتحدى بهذا الدفاع لأول مرة أمام محكمة النقض لما يخالطه من واقع " .

(طعن رقم ٣٨٢ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٤/٤/١٦)

١٠- " القاعدة الصحيحة الواجبة الاتباع ، فى تقدير أجرة الحكر عند طلب تصقيعه . هى – وعلى ما جرى به قضاء هذه

المحكمــة – أخذ من المبادئ الشرعية أن يكون التقدير على اعتبار أن الأرض المحكــرة حرة خالية من البناء وأن لا يلاحظ فيه سوى حالــة الصقع الذى فيه الأرض المحكرة ورغبات الناس فيها ، وأن يصــرف النظر عن التحسين اللاحق بذات الأرض ، وبصقع الجهة بســبب البناء الذى أقامه المحتكر وأن لا يكون لحق البناء والقرار الذى للمحتكر تأثير فى التقدير ، وأنه لا محل للأخذ بنظرية "النسبة" الــتى تقضى بالمحافظة على النسبة بين أجرة الحكر وقت التحكير، وقيمة الأرض فى ذلك الوقت إذ لا أصل لها فى الشريعة الإسلامية وأن أجــرة الحكــر يجب أن تكون دائما هى أجرة المثل. وقد أخذ المشــرع بهــذه القاعدة وقننها بما نص عليه فى المادة ١٠٠٥ من القانون المدنى ".

(طعن رقم ٢٦٨ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧١/١/٥)

١١- " تقديــر القــيمة الايجارية للأرض المحكرة طبقا لنص المادة ١٠٠٥ من القانون المدنى لا يكون إلا على اعتبار أنها حرة خالــية مــن البــناء أو الغراس ولا يراعى فيه غير صقع الأرض ورغــبات الناس فيها ، ولا يجوز أن يتأثر بما للمحتكرين عليها من حق القرار " .

(طعن رقم ٤٤٢ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧١/٤/٨)

مـــادة (١٠٠٦)

لايسرى التقدير الجديد إلامن الوقت الذى يتفق الطرفان عليه ، وإلا فمن يوم رفع الدعوى .

الشرح

٣٩٦- بدء سريان التقدير الجديد للأجرة :

إذا كـــان الطـــرفان هما اللذان اتفقا على التقدير الجديد لأجرة الحكـــر علـــى النحو الذى بينته المادة السابقة ، فإن التقدير الجديد يسرى من وقت اتفاقهما .

أمـــا إذا لم يتفقا على التقدير ، ورفع المحكر دعوى طالب فيها بالـــزيادة ، أو رفع المحتكر الدعوى طالبا فيها النقصان، فإن قضاء المحكمة فى الزيادة أو النقصان يسرى من تاريخ رفع الدعوى .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ولايسرى التقدير الجديد إلا من الوقت الذى يتفق فيه الطرفان عليه ، وإن لم يتفقا فمن يوم رفع الدعوى " (١).

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ٦ ص ٥٨٦ .

مادة (١٠٠٧)

على المحتكر أن يتخذ من الوسائل ما يلزم لجعل الأراضى صالحة للاستغلال مراعيا فى ذلك الشروط المتفق عليها ، وطبيعة الأرض ، والغرض الذى أعدت له ، وما يقضى به عرف الجهة.

الشرح

٣٩٧- التزام المحتكر بجعل الأرض صالحة للاستغلال :

يلتزم المحتكر بأن يتخذ من الوسائل ما يلزم لجعل الأرض صالحة للاستغلال . ذلك أن المحكر لم يكن ليقبل تثقيل الأرض بحق الحكر، وهو حق خطير يكاد يستغرق حق الملكية ، فى مقابل أجرة زهيدة كأجرة الحكر، إلا لأن المحتكر سيقوم باتخاذ الوسائل اللازمة لجعل الأرض صالحة للاستغلال [١]. فالغرض من التحكير هو إصلاح الأرض التى يقوم عليها الحكر وتعميرها .

وعلى ذلك يلتزم المحتكر بردم الأرض إن كانت منخفضة وتحتاج إلى الردم . أو تسويتها لجعلها صالحة للزراعة إذا كانت أرضا زراعية ويرمم البناء إذا كان فى حاجة إلى ترميم ، ويعيد بناء الأرض إذا كانت خربة .

ويتم تنفيذ هذا الالتزام طبقا للشروط المتفق عليها بين المحكر والمحتكر .

---

(١) السنهورى ص ١٤٨- محمود جمال الدين زكى ص ٦٢٢.

فإذا لم تكن هناك شروط وجب عليه أن يراعى طبيعة الأرض، فـالأرض الزراعية غير أرض البناء ، وأن يراعى الغرض الذى أعـدت له ، كأن تكون الأرض معدة لزراعتها بالحاصلات الحقلية فلا يقوم بغرسها حدائق .

كمـا يـراعى ما يقضى به عرف الجهة ، كأن يقضى العرف باتخاذ طريقة خاصة فى الاستغلال فيجب عليه مراعاتها[١].

ولايجـوز التحدى لأول مرة أمام محكمة النقض بوجود عرف معين .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" ... وكـان يبيـن من الأوراق أن الطاعن لم يدع أمام محكمة الموضـوع بوجـود عـرف يمنع أن يتقاضى ابن فوائد من والدته وشـقيقته فإنـه لايجوز التحدى بهذا العرف لأول مرة أمام محكمة النقض ... الخ " .

(طعن رقم ٤٤٥ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٥/٢/٥)

٣٩٨ـ جزاء مخالفة الالتزام :

إذا لـم يقـم المحتكر بتنفيذ التزامه باتخاذ ما يلزم من الوسائل لجعـل الأرض صـالحة للاستغلال ، جاز للمحكر – طبقا للقواعد

---

(١) نبيل سعد ص ٢٥٧ .

العامة- أن يطلب التنفيذ العينى ، أو فسخ عقد التحكير مع التعويض فى الحالتين عما يكون قد لحقه من أضرار [١].

وكـان المشـروع التمهيدى يورد نصا فى هذا الصدد (المادة ١٢٧٠) يـنص علـى أنه : " إذا وقع من المحتكر إهمال جسيم فى القـيام بما يجب عليه من تحسين الأرض ، فللمحكر أن يطلب فسخ العقـد " - وجـاء عنها بمذكرة المشروع التمهيدى أن : " الالتزام الـثانى علـى المحتكر هو أن يتخذ الوسائل اللازمة لجعل الأرض صالحة للاستعمال ، مراعيا فى ذلك الشروط المتفق عليها والعرف وطبـيعة الأرض والغرض الذى أعدت له . ولايجوز للمحتكر أن يهمـل الأرض أو أن يتركها دون استغلال ، وهذا أمر جوهرى فى الحكر كماتقدم " إلا أن لجنة المراجعة حذفت هذه المادة اكتفاء بحكم المـادة (١٠٠٧) [٢]. وبذلـك أصبح لايشترط للفسخ وقوع إهمال جسيم .

---

(١) السـنهورى ص ١٤٨١ - محمـود جمال الدين زكى ص ٦٢٣- عبد المنعم البدراوى ص ٢٩٤ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٦ ص ٥٩٢ وما بعدها .

مـادة (١٠٠٨)

١- ينتهى حق الحكر بحلول الأجل المعين له .

٢- ومــع ذلــك ينــتهى هــذا الحق قبل حلول الأجل إذا مات المحــتكر قبل أن يبنى أو يغرس ، إلا إذا طلب جميع الورثة بقاء الحكر .

٣- وينــتهى حق الحكر أيضا قبل حلول الأجل إذا زالت صفة الوقــف عن الأرض المحكرة ، إلا إذا كان زوال هذه الصفة بسبب رجــوع الواقف فى وقفه أو إنقاصه لمدته ، ففى هذه الحالة يبقى الحكر إلى انتهاء مدته .

الشــــرح

٣٩٩ـ انتهاء حق الحكر بانتهاء الأجل المعين له :

ينــتهى حــق الحكر بانتهاء الأجل المحدد له . فإذا كانت المدة المعيــنة لحق الحكر ستين سنة أو أقل ، فإنه ينقضى بانقضاء المدة المعيــنة له . أما إذا كانت المدة أطول من ستين سنة أو أغفل تعيين المدة ، فإن الحكر ينتهى حتما بانقضاء ستين سنة (م٩٩٩ مدنى) .

ولايســرى هذا الحكم على الأحكار التى كانت قائمة عند العمل بالقــانون المدنــى الجديد ، أى قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، فإنها تــبقى خاضــعة بالنســبة للمــدة ، للأحكام التى كانت سارية وقت إنشــائها، ســواء كانــت علــى أرض موقوفة أو على أرض غير

موقوفـــة. فيجوز أن تكون مدة الحكر مؤبدة فلا تنتهي بانقضاء أجل مـــا. ويجوز أن تكون لمدة محددة ، كما يجوز ألا تكون هناك مدة معينة . وفى الحالتين لاينتهي الحكر حتى لو انقضت المدة المحددة، مادام البناء أو الغراس قائما فى الأرض ومادام المحتكر قائما بدفع الأجرة . وهذا كله ما لم يتفق على غيره [١].

(راجع شرح المادة ٩٩٩) .

٤٠٠ـ انتهاء حق الحكر بموت المحتكر قبل البناء أو الغراس .

ينـــتهي حـــق الحكر ولو لم يحل أجله إذا مات المحتكر قبل أن يبنى أو يغرس، إلا إذا طلب جميع الورثة بقاء الحكر .

فإذا كان الأصل أن الحكر ينتهي بانتهاء الأجل المحدد له ، وأن شـــخص المحتكر ليس محل اعتبار فى الحكر ، كما هو الشأن فى حـــق الانتفاع ، فإن القانون قد خرج على ذلك بالحكم المذكور فى حالة موت المحتكر قبل أن يبنى أو يغرس . فإذا مات المحتكر قبل البناء أو الغراس انتهى الحكر، أما إذا بنى أو غرس ، ثم مات ظل الحكـــر قائما، وانتقل إلى ورثته طبقا لما تنص عليه المادة (١٠٠١ مدنـــى) . وقد راعى الشارع فى هذا أن الورثة فى حالة عدم البناء أو الغـــراس قـــد تتضرر من بقاء الحكر إما لعجزهم عن البناء أو

---

(١) السنهورى ص ١٤٨٢ وما بعدها .

الغــراس ، وإمـــا لعدم اتفاقهم على ذلك . ولذلك ترك الخيار لهم ، فــإذا طلــبوا جمــيعا بقاء الحكر ، فإنهم يحلون محل مورثهم فى الالـــتزام بالبناء أو الغراس ، وإذا لم يجمعوا على هذا الطلب انتهى حق الحكر بموت المحتكر وقبل انقضاء أجل الحكر .

٤٠١ ـ انـتهاء حـق الحكـر بزوال صفة الوقف عن الأرض المحكرة :

تـــنص الفقـــرة الثالثة من المادة على أن : " وينتهى حق الحكر أيضا قبل حلول الأجل إذا زالت صفة الوقف عن الأرض المحكرة، إلا إذا كـــان زوال هـــذه الصـــفة بسبب رجوع الواقف فى وقفه أو إنقاصه لمدته ، ففى هذه الحالة يبقى الحكر إلى انتهاء مدته" .

فالحكـــر ينـــتهى قبل انتهاء الأجل المحدد له ، إذا زالت صفة الوقـــف عن الأرض المحكرة ، سواء كان الحكر قد نشأ قبل العمل بالقـــانون المدنـــى الجديد أم بعد العمل به . وقد نص الشارع على انقضـــاء حـــق الحكر فى هذه الحالة تمشيا مع سياسته فى الحد من نطاق الحكر بصفة عامة .

ومع هذا فقد استثنى المشرع حالة ما إذا كان زوال صفة الوقف بســـبب رجـــوع الواقـــف فى وقفه ، أو إنقاصه لمدته ، إذ فى هذه الحالة يبقى الحكر .

إذ يعـــد الواقـــف ناقضـــا لما تم من جهته فيتعين أن يرد عليه ســـعيه[1]، ففى هاتين الحالتين يظل الحكر قائما ، رغم زوال صفة الوقف ، إلى أن تنقضى مدته أو ينقضى لسبب آخر [2].

ولما صدر المرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ بإلغاء نظام الوقف على غير الخيرات ، نص فى مادته الثانية على أن : " يعتبر منتهيا كل وقف لا يكون مصرفه فى الحال خالصا لجهة من جهات الـــبر" فزالت بذلك صفة الوقف عن جميع الأراضى الموقوفة وقفا أهلـــيا ، واســـتتبع ذلـــك انتهاء الأحكار التى كانت قائمة على هذه الأراضى بزوال صفة الوقف عنها .

وقد أكدت المادة السابعة من المرسوم بقانون المذكور هذا الحكم بنصها على أن : " يعتبر منتهيا بسبب زوال صفة الوقف كل حكر كـــان مرتبا على أرض انتهى وقفها وفقا لأحكام هذا القانون . وفى

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ٢٩٦ - توفيق فرج ص ٣٨٢ وما بعده .

(٢) والفقـــرة الثالـــثة مـــن المـــادة لم تكن واردة بالمشروع التمهيدى ، وقد أضافتها لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ وجاء بتقريرها ما يأتى: " أضافت اللجنة فقرة ثالثة إلى هذه المادة نصها " ....." وقد راعت اللجنة فـــى هـــذه الإضافة أن تجعل زوال صفة الوقف مفضيا إلى زوال حق الحكـــر، ولكنها استثنت حالة زوال هذه الصفة بسبب رجوع الواقف فى وقفه أو إنقاصه لمدته وهو بهذا يكون ناقضا لما تم من جهته فيتعين أن يـــرد علـــيه ســـعيه " (مجموعـــة الأعمال التحضيرية جـــ٦ ص ٥٩٥ ومابعدها) .

هــذه الحالــة تتبع الأحكام المقررة فى المادة ١٠٠٨ وما بعدها من القانون المدنى " – وقد قصد بوجه خاص من المواد المشار إليها ، المــادة (١٠١٠) الــتى تنظم تسوية حساب البناء أو الغراس الذى يكــون قائمــا بالأرض عند انتهاء الحكر . وهو ما سنعرض له فى موضعه من الكتاب .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" مقتضــى أحكام المادتين الثانية والسابعة من المرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ – بإنهاء الوقف على غير الخيرات – الذى صــدر وعمــل به فى ١٩٥٢/٩/١٤ والمادة ٣/١٠٠٨ من القانون المدنى وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – هو انتهاء الأحكار . القائمة على الأراضى التى كانت موقوفة وقفا أهليا بزوال صفة هذا الوقــف ويتعين على المحتكر تبعا لانتهاء الحكر فى ١٩٥٢/٩/١٤ أن يــرد الأرض المحكرة التى تحت يده إلى المحكر ليستغلها على الوجه الذى يراه، فإن هو بقى فى العين بغير سند فإنه يلزم بريعها للمحكر تعويضا عما حرمه من ثمار ، وليس له أن يتحدى فى هذا الخصــوص بالأجرة التى حددتها قوانين الإيجار لأن هذه القوانين لاتحكــم سوى العلاقة الإيجارية التى تقوم بين طرفى العقد ، وهما المحكر والمستأجر منه دون العلاقة بين المحكر والمحتكر" .

(طعن رقم ٣٨٩ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٧/٣/١٤)

مـــادة (١٠٠٩)

يجــوز للمحكر إذا لم تدفع له الأجرة ، ثلاث سنين متوالية أن يطلب فسخ العقد .

الشرح

٤٠٢ـ فسخ العقد لعدم دفع الأجرة ثلاث سنين متوالية :

الأصل المقرر فى القواعد العامة أن عدم دفع المستأجر الأجرة فى الميعاد المتفق عليه يجيز للمؤجر طلب الفسخ . ويخضع انقضاء الفسخ لتقدير القاضى .

غــير أن المادة استثنت حق الحكر من حكم القواعد العامة ولم تجــز للمحكــر طلــب فسخ العقد بسبب عدم دفع الأجرة ، إلا إذا اســتطال عــدم الدفع إلى ثلاث سنوات متوالية ، فلا يجوز له طلب الفســخ إذا لم يدفع المحتكر الأجرة لمدة ثلاث سنوات غير متوالية، كــأن يمتنع عن الدفع سنة واحدة ، ثم يدفع الأجرة فى السنة التالية، ثم يمتنع عن الدفع سنتين أخريين .

وقـد حـدا الشارع إلى هذا الاستثناء – أن الحكر يختلف عن الإجـارة العادية فى أنه حق عينى يكلف المحتكر نفقات كثيرة ومن ثم لايصح أن يهدد بالفسخ إلا بعد هذه الفترة الملائمة من الزمن[1].

---

(١) رد معـالى السـنهورى باشا حال مناقشات لجنة القانون المدنى بمجلس الشـيوخ علـى اعتراض سعادة العشماوى باشا على تعليق طلب الفسخ علـى عدم دفع الأجرة ثلاث سنين قائلا إن هذه المدة طويلة (مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٦ ص ٥٩٨) .

مـــادة (١٠١٠)

١- عــند فسخ العقد أو انتهائه يكون للمحكر أن يطلب ، إما إزالـــة البــناء والغــراس أو استبقاءهما مقابل دفع أقل قيمتيهما مســتحقى الإزالـــة أو البقاء ، وهذا كله ما لم يوجد اتفاق يقضى بغيره .

٢- وللمحكمـــة أن تمهــل المحكــر فى الدفع إذا كانت هناك ظــروف اســتثنائية تبرر الإمهال ، وفى هذه الحالة يقدم المحكر كفالة لضمان الوفاء بما يستحق فى ذمته .

الشـــــرح

٤٠٣ـ وضع البناء والغراس عند فسخ العقد أو انتهائه :

إذا فســخ عقد الحكر أو انتهى الحكر بانقضاء الأجل المحدد له أو بــزوال صــفة الوقف عن الأرض المحكرة أو لأى سبب آخر يكــون للمحكــر الحــق فى أن يطلب أحد أمرين : إما إزالة البناء والغراس ، وإما استبقاء البناء أو الغراس .

وفــى الحالة الأولى إذا اختار إزالة البناء أو الغراس تعود إليه **الأرض خالــية . وفــى الحالــة الثانية إذا اختار استبقاء البناء أو الغــراس فإنه يلتزم بأن يدفع إلى المحتكر أقل القيمتين : قيمة البناء أو الغراس مستحقة الإزالة أو قيمتها فى حالة البقاء .**

وتكون قيمة البناء أو الغراس مستحقى الإزالة أقل- فى العادة - مــن قيمتيهما مستحقى البقاء فيختارها المحكر . ومع ذلك قد تكون قيمتيهما مستحقى البقاء أقــل من قيمتيهما مستحقى الإزالة وذلك إذا كانــت متخلفات البناء أو الأشجار بعد الهدم أو القلع لها قيمة وهى مفصولة عن الأرض أعلى من قيمتها وهى باقية فيها (١).

---

(١) السنهورى ص ١٤٨٧ ومابعدها - محمود جمال الدين زكى ص ٦٢٥- وكانت المادة (١٢٧١) من المشروع التمهيدى المقابلة للمادة (١٠١٠) مدنى تنص على أنه :

١- عند فسخ العقد أو انتهائه ، يجوز للمحكر أن يطلب إزالة البناء والغرس، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك .

٢- فــإذا كــان مــن شأن الإزالة أن تلحق ضررا جسيما بالأرض، فله أن يستبقى البناء والغرس فى مقابل دفع قيمتيهما مستحقى الإزالة ، وللمحكمة أن تمهله فى الدفع إذا كانت هناك ظروف استثنائية تبرر ذلك " .

إلا أن المــادة عدلــت بلجــنة القــانون المدنى بمجلس الشيوخ . وجاء بــتقريرها : "عدلت اللجنة الفقرة الأولى من هذه المادة وجعلت للمحكر عند فسخ العقد أو انتهائه أن يطلب إما إزالة البناء والغراس أو استبقاءهما مقــابل دفع أقل قيمتيهما مستحقى الإزالة أو البقاء ، وقد رأت اللجنة أن تقــر هــذا الخيار لتيسر الانتفاع بما أقامه المحتكر فى الأرض وخالفت المشروع فى قصر حق المحكر فى استبقاء البناء أو الغراس على الحالة الــتى يكــون فيها من شأن الإزالة أن تلحق ضررا جسيما بالأرض ، وعلــى هذا الأساس رأت اللجنة أن تعدل الفقرة الثانية من المادة نفسها وأن تقصر حكمها على تخويل المحكمة حق إمهال المحكر فى الدفع إذا

وهذا الحكم لايطبق إذا وجد اتفاق على خلافه فقد يتفق الطرفان علـــى أن يترك المحتكر البناء أو الغراس دون تعويض، أو يتفقان على تعويض أكبر أو أقل مما يقرره القانون .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" لمـــا كانت الفقرة الأولى فى المادة ١٠١٠ من القانون المدنى التى تواجه تسوية حساب البناء أو الغراس عند انتهاء الحكر تجعل للمحكر الخيار بين أن يطلب إما إزالة البناء أو الغراس أو استبقاءهما مقابل دفع أقل قيمتيهما مستحقى الإزالة أو البقاء ، وكان الثابت فى الأوراق أن المطعون ضدها الأولى قد طلبت – استعمالا لحقها فى الخـــيار – إزالـــة البـــناء وقضـــى لها بهذا الطلب فإن الحكم إذ لم يستجب لطلب ندب خبير لتقديرقيمة البناء تأسيسا على أن المطعون ضدها الأولى قد اختارت طلب الإزالة لا يكون قد خالف القانون" .

(طعن رقم ٣٨٩ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٧/٣/١٤)

٤٠٤ـ جواز إمهال المحكر فى الدفع :

أجـــازت الفقرة الثانية من المادة للمحكمة أن تمهل المحكر فى دفـــع أقل القيمتين : قيمة البناء والغراس مستحقى الإزالة أو الإبقاء

كانـــت هـــناك ظـــروف تبرر الإمهال وأوجبت فى هذه الحالة ان يقدم المحكـــر كفالـــة لضمان ما يجب عليه أداؤه للمحتكر (مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ٦ ص ٥٩٩ الهامش وما بعدها) .

إلــــى المحتكر ، إذا كانت هناك ظروف استثنائية تبرر الإمهال، كما يكـــون لهـــا من باب أولى أن تقسط أقل القيمتين . وفى هذه الحالة بشرط أن يقدم للمحتكر كفالة أو رهنا لضمان الوفاء بما يستحق فى ذمته .

مـادة (١٠١١)

ينـتهى حق الحكر بعدم استعماله مدة خمس عشرة سنة ، إلا إذا كان حق الحكر موقوفا فينتهى بعدم استعماله مدة ثلاث وثلاثين سنة.

الشرح

٤٠٥ـ انتهاء الحكر بعدم الاستعمال :

يعتـبر حق الحكر من الحقوق المتفرعة على الملكية ولما كان المشـرع يعمـل على جمع عناصر الملكية ، ما استطاع إلى ذلك سبيلا ، فإن هذا النوع من الحقوق يسقط بعدم الاستعمال . وإعمالا لهـذه الفكرة نصت المادة على انتهاء حق الحكر بعدم استعماله مدة خمـس عشـرة سـنة ، وهذا بغض النظر عما إذا كان حق الحكر واردا علـى أرض موقوفـة أو غير موقوفة ، لأن الحق نفسه هو الذى ينتهى بعدم الاستعمال .

فإذا كان حق الحكر نفسه موقوفا ، فإنه لاينتهى بعدم الاستعمال بمـرور الزمن العادى أى بخمس عشرة سنة ، ولكن بمرور ثلاث وثلاثين سنة .

فالعـبرة فـى هـذا الصدد بحق الحكر نفسه . إذ قد يكون حق الحكـر غـير موقوف ، وهذا هو الوضع العادى . وقد يكون هذا

الحـــق موقوفـــا ، بغض النظر عن الأرض التى يتقرر عليها ، إذ يمكـــن تصـــور قـــيام حكر غير موقوف على أرض موقوفة ، كما يتصـــور قـــيام حق حكر موقوف ، ولو كان ذلك على أرض غير موقوفة . فالعبرة بحق الحكر نفسه [١].

وقد جــاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" وينـــتهى الحكـــر أخيرا بعدم الاستعمال مدة خمس عشرة سنة فـــإن كان موقوفا فلا ينتهى إلا بثلاث وثلاثين سنة (م ١٢٧٦ من المشروع).

(١) السنهورى ص ١٤٩٥ وما بعدها – توفيق فرج ص ٣٨٤ ومابعدها .

أسباب أخرى لانتهاء الحكر طبقا للقواعد العامة

٤٠٦- (أ) انتهاء الحكر باتحاد الذمة :

كـــان المشـــروع التمهيدى للتقنين المـــدنى يتضمن مـــادة برقم (١٢٧٢) تـــنص علـــى أن : " ينتهى حق الحكر باتحاد الذمة ، إذا تملك صاحب الرقبة المنفعة ، أو إذا تملك صاحب المنفعة الرقبة "- وجـــاء عنها بمذكرة المشروع التمهيدى أنه : " وينتهى الحكر أيضا باتحـــاد الذمة ، كأن يشترى المحتكر الرقبة أو يشترى مالك الرقبة الحكر ، أو أن يرث أحدهما الآخر ".

إلا أن هـــذه المادة حذفت بلجنة المراجعة "لأنها تطبيق لأحكام اتحاد الذمة "[1].

وعلى ذلك ، فإنه تطبيقا للقواعد العامة ينتهى حق الحكر باتحاد الذمة . كأن يشترى المحتكر الرقبة أو يشترى مالك الرقبة الحكر ، أو أن يرث أحدهما الآخر ، أو أن يشفع أحدهما فيما يبيعه الآخر .

وقـــد نصـــت المادة ٩٣٦/جـــ على أن حق الشفعة يثبت لمالك الرقـــبة فـــى الحكـــر إذا بـــيع حق الحكر ، وللمستحكر إذا بيعت الرقبة[2].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ٦ ص ٥٩٩ الهامش وما بعدها .

(٢) عبد المنعم البدراوى ص ٢٩٧ - محمد على عمران ص ٤٠٧.

٤٠٧ـ (ب) انتهاء الحكر بهلاك الأرض المحكرة أو نزع ملكيتها :

كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى يتضمن نصا برقم (١٢٧٥) يقضى بأن :

" ١- ينتهى حق الحكر بهلاك الأرض المحكرة .

٢- وإذا نزعت ملكية الأرض المحكرة للمنفعة العامة ، يوزع التعويض بين حق الرقبة وحق الحكر بنسبة كل منهما محسوبة على الأساس المبين بالمادة السابقة ، وعلى هذا الأساس يوزع التعويض عن أى ضرر يلحق الرقبة والحكر على السواء " .

وقد جاء عنها بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" وينتهى الحكر أيضا بهلاك الأرض المحكرة ، والصورة العملية لذلك أن تنزع ملكية الأرض للمنفعة العامة ، فتقدر قيمتها وفقا للأسس التى تقدم بيانها ، وتوزع هذه القيمة على الرقبة والحكر ، للرقبة الثلث وللحكر الثلثان" . إلا أن لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ رأت حذف المادة " لأن فى القواعد العامة ما يغنى عن الأحكام الواردة بها " [(١)].

وتقضى القواعد العامة بانتهاء الحكر بهلاك العين المحتكرة ، سواء كان هذا الهلاك ماديا كأن يكون النهر قد طغى عليها أو كان هلاك معنويا بأن تنزع ملكيتها للمنفعة العامة فتدخل الأرض فى

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٦ ص ٦٠٦ الهامش وما بعدها .

الملكـية العامـة . وهـنا يعوض صاحب الأرض عن أرضه كما يعوض صاحب البناء أو الغراس .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إنه لما كانت الشريعة تقضى بأنه إذا خرب البناء المحتكر، أو جـف شجرة ، ولم يبق لهما أثر فى أرض الوقف ، ومضت مدة الاحـتكار ، فإن الأرض تعود إلى جهة الوقف، ولا يكون للمحتكر ولا لورثـته حـق البقاء وإعادة البناء ، وبأنه إذا لم يمكن الانتفاع بالعيـن المؤجـرة فإن العقد ينفسخ وتسقط عن المحتكر أجرة المدة الباقـية – لما كان ذلك كان نزع ملكية الأرض المحكورة هى وما علـيها مـن بـناء للمـنفعة العامة يترتب عليه حتما أن ينفسخ عقد الاحتكار ويسقط ما كان للمحتكر من حق البقاء والقرار ، ولا يكون له إلا ثمن بنائه . أما الوقف فيكون له كل ثمن الأرض " .

(طعن رقم ٦٣ لسنة ٩ ق جلسة ١٩٤٠/١/١١)

٢- " إذا كـان الحكـم المطعون فيه قد أقام قضاءه على " أن الاحتكار من وضع فقهاء الشريعة الاسلامية وهو عندهم عقد إيجار يعطـى للمحـتكر حق البقاء والقرار على الأرض المحكورة مادام يدفـع أجـر المثل ونصوا على أنه لو خرب بناء المحتكر أو جف شـجره ولـم يبق لهما أثر فى أرض الوقف ومضت مدة الاحتكار عـادت الأرض إلى جهة الوقف ولم يكن للمحتكر ولا لورثته حق

البقاء وإعادة البناء ونصوا أيضا على أنه إذا لم يمكن الانتفاع بالعين المؤجرة ينفسخ العقد وتسقط الأجرة عن المحتكر عن المدة الباقية . وأنه تطبيقا لهذه النصوص يبين أن العقار المحكر وقد نزعت ملكيته واستولت عليه الحكومة قد أصبح لايمكن الانتفاع به وبذلك انفسخ عقد الحكر وبانفساخه تعود الأرض للوقف خالية من حق البقاء والقرار ويكون للوقف وحده حق الحصول على ثمن الأرض ... وأن هذه القواعد لاتختلف فى روحها عما نصت عليه المادة ٢٧٠ من القانون المدنى – القديم- إذ ورد بها أنه إذا هلكت العين المؤجرة هلاكا كليا ينفسخ عقد الإيجار حتما ولاشك أن نزع الملكية نوع من الهلاك التام ومادام أن عقد الاحتكار لايخرج عن كونه نظير عقد إيجار فإن نزع ملكية الأرض المحكرة وما عليها من بناء يترتب عليه حتما فسخ عقد الاحتكار ويسقط بذلك ما كان للمحتكر من حق البقاء والقرار ولايكون له فى هذه الحالة إلا ثمن بنائه وأما الوقف فله كل ثمن الأرض، فإن هذا الذى أقيم عليه الحكم لا مخالفة فيه للقانون على ما جرى به قضاء هذه المحكمة- ولا محل لقياس حالة نزع الملكية للمنفعة العامة على حالة الاستبدال لأنه يراعى عند تقدير ثمن الأرض فى الحالة الأخيرة أن الأرض مثقلة بما للمحتكر من حق البقاء والقرار عليها وهو عيب

يـــنقص من قيمتها أما فى حالة نزع الملكية للمنفعة العامة فإن حق البقاء يزول بفسخ عقد الإيجار ".

(طعن رقم ١٤٣ لسنة ٢٤ ق جلسة ١٩٥٨/١٢/٢٥)

٣- نزع ملكية الأرض المحكرة هى وما عليها من بناء للمنفعة العامـــة- وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة- يترتب عليه حتما أن يفسخ عقد الحكر ويسقط ما كان للمحتكر من حق البقاء والقرار ، ولا يكون له إلا ثمن بنائه ، أما الوقف فيكون له كل ثمن الأرض" .

(طعن رقم ٣٨٤ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٧/١/١٨)

مــادة (١٠١٢)

١- من وقت العمل بهذا القانون لايجوز ترتيب حق حكر على أرض غــير موقوفة ، وذلك مع عدم الإخلال بحكم المادة ١٠٠٨ الفقرة الثالثة .

٢- والأحكار القائمة على أرض غير موقوفة وقت العمل بهذا القانون تسرى فى شأنها الأحكام المبينة فى المواد السابقة .

الشــــرح

٤٠٨ـ عدم جواز ترتيب حق الحكر على أرض غير موقوفة :

لا يجــوز مــنذ العمــل بأحكــام التقنين المدنى الجــديــد فى ١٩٤٨/١٠/١٥ ترتيــب حق حكر على أرض غير موقوفة . ومن ثــم أصبح إنشاء حق الحكر ابتداء من التاريخ المذكور قاصرا على الأراضى الموقوفة ثم أصبح منذ العمل بالمرسوم بقانون رقم ١٨٠ لســنة ١٩٥٢ قاصــرا على الأراضى الموقوفة وقفا خيريا ، لأنه نرتب على إلغاء الوقف الأهلى بمقتضى المرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ زوال صفة الوقف الأهلى .

وقــد ترتــب علــى تخويل وزير الأوقاف سلطة إنهاء الوقف الخــيرى على نحو ما سلف بيانه ، ثم صدور القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٨٢ فى شأن إنهاء الأحكار على الأعيان الموقوفة على عقارات الوقــف الخيرى ، عدم ترتيب أحكار على هذا الوقف – من الناحية العملــية – ذلك أنه ليس من المنطقى أن تنهى الأحكار القائمة فعلا

علـــى الوقف الخيرى بموجب قانون ، ثم يسعى الوقف الخيرى بعد أن ذلك إلى ترتيب أحكار جديدة.

٤٠٩ـ عـدم الإخـلال بحكــم الفقـرة الثالثة مـن المـادة (١٠٠٨) مدنى :

بعـــد أن نصت الفقرة الأولى من المادة على أنه من وقت العمل بهـــذا القانون (التقنين المدنى الجديد) لايجوز ترتيب حق حكر على أرض غـــير موقوفـــة أردفت " وذلك مع عدم الإخلال بحكم المادة ١٠٠٨ الفقرة الثالثة " .

وقـــد رأيـــنا أن الفقرة المذكورة تنص على أن : "وينتهى حق الحكـــر أيضا قبل حلول الأجل إذا زالت صفة الوقف عن الأرض المحكـــرة ، إلا إذا كان زوال هذه الصفة بسبب رجوع الواقف فى وقفـــه أو إنقاصـــه لمدتـــه ، ففى هذه الحالة يبقى الحكر إلى انتهاء مدته".

٤١٠ـ سريان الأحكام الواردة بالتقنين المدنى على الأحكار القائمة على أرض غير موقوفة وقت العمل بالقانون :

تســـرى الأحكـــام الواردة فى التقنين المدنى بشأن الحكر على الأحكار القائمة على أرض غير موقوفة وقت العمل بالتقنين بتاريخ ١٩٤٨/١٠/١٥ . أى الأحكـــار الـــتى ترتبت قبل التاريخ المذكور، ومـــن ثـــم لاتخضع هذه الأحكار للأحكام التى كانت سارية فى ظل

التقنين المدنى القديم . وهذا على نقيض ما تقضى به المبادئ العامة فـــى تـــنازع القوانين فى الزمان إلا ما كان من تلك القواعد متعلقا بالنظام العام [١].

ولايســـتثنى مـــن ذلـــك سوى مدة الحكر ، فلا يسرى على تلك الأحكار ما نصت عليه المادة (٩٩٩) من أنه لايجوز أن تزيد مدة الحكر على ستين سنة .

وقد سبق أن عرضنا لذلك تفصيلا فى شرح المادة الأخيرة .

---

(١) محمود جمال الدين زكى ص ٦١٤.

بعض أنـواع الحكـــر :

مـــادة (١٠١٣)

١- عقــد الإيجارتين هو أن يحكر الوقف أرضا عليها بناء فى حاجـــة إلـــى الإصلاح مقابل مبلغ منجز من المال مساو لقيمة هذا البناء وأجرة سنوية للأرض مساوية لأجر المثل .

٢- وتســـرى علــيه أحكـــام الحكر إلا فيما نصت عليه الفقرة السابقة .

الشـــرح

٤١١ـ عقد الإيجارتين :

عرفت الفقرة الأولى من المادة عقد الإيجارتين بأن يحكر الوقف أرضـــا علــيها بـــناء فى حاجة إلى الإصلاح مقابل مبلغ منجز من المـــال مســـاو لقيمة هذا البناء وأجرة سنوية للأرض مساوية لأجر المثل .

فعناصر عقد الإيجارتين كالآتى :

١- أنه يرد على أرض موقوفة .

٢- أن يكون بالأرض بناء فى حاجة إلى إصلاح .

٣- أن يشـــترى صاحب الإجارتين البناء بمبلغ منجز من المال مســـاو لقيمـــته . وبذلك يصبح مالكا للبناء عن طريق الشراء بثمن

المـــثل، الـــذى يعتبر استبدالا للبناء الموقوف أذن به القاضى ضمنا بإذنه بعقد الإجارتين .

٤- أن يؤدى صاحب الإجارتين أجرة سنوية للأرض هى أجرة المثل ، مقابلا لحق الحكر الذى ترتب على هذه الأرض .

فالمحـــتكر يعتـــبر مالكـــا للبناء عن طريق الشراء بثمن المثل وصـــاحب حـــق حكـــر فى الأرض الموقوفة يدفع فى مقابل أجرة المثل[١].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" خاصـــية عقـــد الإجارتين أن الأرض المحتكرة لابد أن تكون أرضـــا موقوفـــة وعلـــيها بناء فى حاجة إلى الإصلاح ، فيشترى صـــاحب الإجارتين البناء بمبلغ منجز مساو لقيمته ، ثم يدفع أجرة ســـنوية مســـاوية لأجر المثل ، ويتبع فى تصقيع الإجارتين ما سبق بـــيانه فى الحكر ، كما تتبع سائر الأحكام التى تقدم ذكرها ، كإنشاء الحق بحجة شرعية ، ويترتب على الإجارتين ما يترتب على الحكر من الآثار "[٢].

---

(١) السنهورى ص ١٤٩٧ – محمود جمال الدين زكى ص ٦٢٧ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٦ ص ٦١٧ .

٤١٢ـ الفرق بين عقد الإيجارتين وعقد الحكر :

عقد الإجارتين هو عقد حكر من نوع خاص . وعقد الإجارتين يشـــبه الحكـــر فى أنه يخول حقا عينيا يجوز بمقتضاه للمستأجر أن يتصرف فى حقه بمقابل أو بغير مقابل وينتقل هذا الحق إلى ورثته، وفـــى أن الأجرة تزيد وتنقص على حسب الزمان والمكان ويختلفان فيما يأتى :

١- محل عقد الإجارتين عقار مبنى دائما فى حاجة إلى إصلاح فليس له أن يهدمه ، أما الحكر فمحله كما رأينا قد يكون عقار مبنيا مـــتهدما أو أرض فضـــاء ، ســـواء كانت زراعية أو أرض بناء ، ويكون للمحتكر أن يهدم البناء القائم على الأرض ثم يعيده .

٢- يدفـــع المســـتأجر فى عقد الإجارتين مبلغا منجزا من المال مســـاو لقيمة البناء وكذلك يدفع أجرة سنوية للأرض مساوية لأجر المثل . أما فى الحكر فيدفع المحتكر أجرة المثل فقط [1].

---

(١) السنهورى ص ١٤٩٧- محمد كامل مرسى ص ٣٧٢ .

٤١٣ـ الأحكام التى تسرى على عقد الإيجارتين :

تـنص الفقرة الثانية من المادة على أن : " وتسرى عليه (عقد الإجارتين) أحكام الحكر إلا فيما نصت عليه الفقرة السابقة " .

ومـن ثـم فـإن عـدا ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة وتناولـناه بالشـرح فـيما تقدم ، يسرى على عقد الإجارتين أحكام الحكـر، ومـنها إنشاء العقد وشروط إنشائه الموضوعية والشكلية وتصقيعه ، وأسباب انتهائه .

ويترتـب علـى عقد الإجارتين ما يترتب على حق الحكر من آثار.

مـــادة (١٠١٤)

١- خلـــو الانـــتفاع عقـــد يؤجر به الوقف عينا ولو بغير إذن القاضى مقابل أجرة ثابتة لزمن غير معين .

٢- ويلـــتزم المســـتأجر بمقتضـــى هذا العقد أن يجعل العين صالحة للاستغلال ، ويحق للوقف أن يفسخ العقد فى أى وقت بعد التنبيه فى الميعاد القانونى طبقا للقواعد الخاصة بعقد الإجارة على شـــرط أن يعوض الوقف المستأجر عن النفقات طبقا لأحكام المادة ١٧٩ .

٣- وتســـرى عليه الأحكام الخاصة بإيجار العقارات الموقوفة دون إخلال بما نصت عليه الفقرتان السابقتان .

الشـــــرح

٤١٤ـ المقصود بعقد خلو الانتفاع :

عرفـــت المادة عقد خلو الانتفاع بقولها إنه عقد يؤجر به الوقف عينا ولو بغير إذن القاضى مقابل أجرة ثابتة لزمن غير معين .

فعقد خلو الانتفاع هو عقد إيجار للوقف من نوع خاص ، وليس بعقـــد حكر أصلا . ولذلك لايترتب للمستأجر أى حق عينى ، وإنما يكون له حق شخصى كأى مستأجر .

وهـــو لايقـــع إلا على عين موقوفة سواء كانت أرضا مبنية أو أرضا فضاء للبيع أو أرضا زراعية .

والعين المؤجرة تحتاج إلى إصلاح فيلتزم المستأجر بإصلاحها. ويؤدى المستأجر أجرة ثابتة لاتتغير، ومدة العقد غير محددة .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

يتميز خلو الانتفاع عن الحكر بما يأتى :

" (١) لا يكـــون خلو الانتفاع إلا فى أرض موقوفة ، وهو حق شخصى لا عينى فلا حاجة فيه لإذن القاضى .

(٢) لـــيس لخلو الانتفاع أجل محدد ، فللوقف أن يفسخ العقد فى أى وقت بعد التنبيه فى المواعيد القانونية (وهى المواعيد التى سبق بيانها فى عقد الإيجار م ٧٦١ من المشروع) .

(٣) ولـــو أن صــــاحب خلو الانتفاع يلتزم باستصلاح الأرض الموقوفــــة كالمحـــتكر إلا أنـــه يسترد عند انتهاء حقه ما أنفقه فى الاستصلاح وفقا لقواعد الإيجار " .

٤١٥ـ أحكام عقد خلو الانتفاع :

١- عقـــد خلـــو الانـــتفاع لأنـــه عقد إيجار فلا يحتاج إلى إذن القاضى. كما أنه لايحتاج إلى الشهر .

٢- يلـــتزم المســـتأجر بموجـــب العقد أن يجعل العين صالحه للاستغلال ، ذلك أن محل العقد عين فى حاجة إلى الإصلاح .

٣- الأجـــرة فى العقد ليست هى أجرة المثل كالشأن فى الحكر، بل هى أجرة ثابتة لا تتغير .

٤- لـــيس للعقد أجل محدد. وللطرفين إنهاء العقد فى أى وقت بعد مراعاة التنبيه فى المواعيد القانونية طبقا للأحكام الخاصة بعقد الإيجار، وبذلك يحتفظ الوقف بحق استرداد العين فى أى وقت .

٥- إذا فســخ الوقف العقد التزم بتعويض المستأجر عن النفقات الــتى بذلهــا فى إصلاح العين طبقا للمادة ١٧٩ مدنى(١)، الخاصة بالإثــراء بــلا ســبب ، فيلــتزم الوقف بأن يرد إلى المستأجر أقل القيمتيــن : قــيمة ما عاد عليه من منفعة بسبب الإصلاح وقيمة ما أنفقه المستأجر .

٦- فــيما عــدا ما تقدم ، تسرى على عقد خلو الانتفاع أحكام إيجار الوقف الواردة فى التقنين المدنى .

---

(١) استبدلت لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ فى الفقرة الثانية من المادة بعبارة " على شرط أن يرد النفقات" التى وردت بأصل المشروع المقدم للــبرلمان ، عبارة " على شرط أن يعوض الوقف المستأجر عن النفقات طبقا لأحكام المادة ١٧٩ . وقد جاء بتقرير اللجنة عن ذلك : "استعاضت اللجنة فى الفقرة الثانية بعبارة " على شرط أن يعوض الوقف المستأجر عــن النفقات طبقا لأحكام المادة ١٧٩ " عن عبارة " على شرط أن يرد النفقات " حتى يكون أساس التقدير واضحا منضبط الحدود ، وقد روعى فى التعديل أن يواجه النص حالة النفقات التى ينفقها المستأجر ويكون قد استفاد منها إلى حد ما فإطلاق النص على قيام جهة الوقف بدفع النفقات قــد يؤدى إلى تحميل الوقف وفاء كل النفقات المطالب بردها ورؤى أن تستند القاعدة فى رد النفقات إلى أحكام الإثراء المقررة فى المادة ١٧٩"- مجموعة الأعمال التحضيرية جــ٦ ص ٦٢٠.

الفصل الثالث
حـــق الارتفـــــاق
مـــادة (١٠١٥)

الارتفـــاق حـــق يحد من منفعة عقار لفائدة عقار غيره يملكه شـــخص آخـــر . ويجوز أن يترتب الارتفاق على مال عام إن كان لايتعارض مع الاستعمال الذى خصص له هذا المال .

الشـــــرح

٤١٦ـ تعريف حق الارتفاق :

عرفـــت المادة حق الارتفاق بأنه حق يحد من منفعة عقار لفائدة عقـــار غـــيره يملكه شخص آخر . أى هو خدمة مقررة لعقار على عقار آخر مملوك للغير .

ويســـمى العقـــار المقـــرر لفائدته هذا الحق العقار المرتفق أو المخـــدوم ويسمى العقار المقرر عليه التكليف العقار المرتفق به أو الخادم .

ومضـــمون الارتفاق أن يكون لمالك العقار المرتفق أن يستعمل العقـــار المـــرتفق به على نحو معين ، أو أن يمنع صاحب العقار المرتفق به من استعمال بعض سلطاته.

والارتفاقـــات تخـــتلف فيما بينها من حيث موضوعها ، وتكون غالـــبا مما نص عليه فى القيود القانونية التى ترد على حق الملكية

كحـــق شرب أو مجرى أو مطل أو مرور أو غير ذلك ، ومن أجل ذلك سميت هذه القيود بحقوق الارتفاق القانونية .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"حـــق الارتفاق هو خدمة مقررة لعقار على عقار آخر ، وتكون هــذه الخدمة غالبا شيئا مما نص عليه فى القيود القانونية التى ترد علـــى حق الملكية كشرب أو مجرى أو مسيل أو مطل أو مرور أو غـــير ذلـــك ، ومـــن أجل ذلك سميت هذه القيود بحقوق الارتفاق القانونية .

والخدمة يؤديها العقار المرتفق به للعقار المرتفق ، أما صاحب العقـــار المـــرتفق بـــه فلا يلتزم شخصيا بشئ ، إلا أن يكون عملا إضافيا يقتضيه استعمال حق الارتفاق على الوجه المألوف كإصلاح حق المرور ... الخ "[١].

فمـــن شأن الارتفاق إذن الحد من منفعة العقار الخادم . ولذلك يترتـــب عليه إنقاص من قيمته ، ومن شأنه من ناحية أخرى جلب فائدة للعقار المخدوم ، ولذلك فهو يزيد من قيمته [٢].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ٦ ص ٦٢٤ .

(٢) عبد المنعم البدراوى ص ٣٠٢ .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١ - " حـق الارتفاق طبقا للمادة ١٠١٥ من القانون المدنى هو خدمة يؤديها العقار المرتفق به للعقار المرتفق فيحد من منفعة الأول ويجعلـه مثقلا بتكليف لفائدة الثانى ، وهو وإن لم يحرم مالك العقار الخـادم مـن ملكيـته إلا أنه ينتقص من نطاقها فيحرمه من القيام بأعمـال فـى عقـاره كان له الحق فى أن يقوم بها لولا وجود حق الارتفاق ، كما أنه يوجب عليه ألا يمس فى استعماله لحقوق ملكيته بحق الارتفاق فلا يعوق استعماله أو ينقصه أو يجعله أكثر مشقة ".

(طعن رقم ٧٢٤ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٧/٥/١٠)

٢- " مفـاد الـنص فـى المادة ١٠١٥ من القانون المدنى أن الارتفاق كحق عينى هو تكليف يثقل به عقار خادم لفائدة عقار آخر مخـدوم ، والشـفعة لاتقـوم علـى الجوار من حد واحد فى غير العقـارات المبنـية والأراضـى المعدة للبناء إلا " إذا كان للأرض المبـيعة حق ارتفاق على أرض الجار أو كان حق الارتفاق لأرض الجـار على الأرض المبيعة " طبقا لنص البند الثانى من الفقرة هـ مـن المـادة ٩٣٦ مـن القانون المدنى مما يتعين معه أن يقع حق الارتفاق على عاتق الأرض المشفوع بها أو الأرض المشفوع فيها ويخـدم الأخرى. ولايكفى فى هذا الخصوص أن تشترك الأرضان فى الاستفادة من حق ارتفاق واحد طالما لايثقل إحداهما " .

(طعن رقم ١٧٢٣ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨١/٦/٣)

٣- " حـــق الارتفـــاق طـــبقا لـــنص المادة ١٠١٥ من القانون المدنى- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – هو خدمة يؤديها العقـــار المـــرتفق به للعقار المرتفق فيحد من منفعة الأول ويجعله مـــثقلا بتكليف لفائدة الثانى وهو إن لم يحرم مالك العقار الخادم من ملكيته إلا أنه ينقص من نطاقها ويوجب عليه ألا يمس فى استعماله لحقوق ملكيته بحق الارتفاق " .

(طعن رقم ٤٦٣ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٢/٦/٩)

كما قضت بأن :

١- " الحكـــم بثـــبوت حـــق الارتفاق يجب أن يبين فيه جميع العناصـــر الواقعية اللازمة لثبوته من وضع اليد ومظهره ومبدئه . وذلك لكى تتمكن محكمة النقض من مراقبة صحة تطبيق القانون ، فـــإذا اقتصـــر الحكم الصادر بثبوت حق الارتفاق بالرى من ترعة علـــى القول بأنه تبين من تقرير الخبير أن " لأرض الوقف سواقى ومـــراوى تـــأخذ المياه من هذه الترعة ، وأن حالتها تدل على أنها عملـــت من زمن قديم جدا ، فحق الرى إذن من هذه الترعة قد ثبت قانونـــا لأرض الوقف منذ كانت هذه الترعة مروى قبل أن توسعها الحكومة " فهذا الحكم يكون مشوبا بالقصور متعينا نقضه " .

(طعن رقم ٢٢ لسنة ١٠ ق جلسة ١٩٤١/١/٢٣)

٢- " لمـــا كان الثابت أن المطعون عليهما أقاما الدعوى بطلب تقرير حق ارتفاق بالمرور لعقاريهما على أرض الطاعنة بتخصيص المـــالك الأصـــلى تطبيقا لنص المادة ١٠١٧ من القانون المدنى ، وطلـــبا احتياطـــيا الحكـــم بإنشــاء ممر قانونى فى أرض الطاعنة للوصول من أرضهما للطريق العام عملا بما تقضى به المادة ٨١٢ مـــن القـــانون المذكور من أن مالك الأرض المحبوسة عن الطريق العام أو التى لايصلها بهذا الطريق ممر كاف يكون له حق المرور فـــى الأراضى المجاورة بالقدر اللازم لاستغلال أرضه واستعمالها علـــى الوجـــه المألوف وذلك فى نظير تعويض عادل ، وإذ قضت محكمـــة أول درجـــة برفض الطلب الأصلى مع الاحتفاظ للمطعون علـــيهما بـــرفع دعوى مبتدأة بالطلب الاحتياطى. فقد استأنفا الحكم الابـــتدائى طالبيـــن إلغاءه والحكم لهما بالطلب الأصلى أو بالطلب الاحتياطى ، ولما كان موضوع الطلبين سالفى الذكر لم يتغير وهو حـــق المـــرور، وإن تغير مصدر الحق فيهما وهو الاتفاق فى حالة ترتيـــب حق المرور بتخصيص المالك الأصلى ، والقانون فى حالة الطلـــب الخاص بإنشاء الممر القانونى ، ولا تعد المطالبة بأيهما فى دعـــوى واحدة جمعا بين دعويين مختلفتين فى الموضوع ، وكانت المادة ٣/٤١١ من قانون المرافعات السابق الذى رفع الاستئناف فى ظلـــه قـــد أجازت للخصوم فى الاستئناف مع بقاء موضوع الطلب

الأصـــلى علـــى حاله تغيير سببه والإضافة إليه ، لما كان ذلك فإن تخلـــى محكمة أول درجة عن الفصل فى الطلب الاحتياطى لايؤثر علـــى قبوله أمام محكمة الاستئناف ، وإذ قضى الحكم المطعون فيه فـــى هذا الطلب بإيجاد ممر قانونى فى أرض الطاعنة ليصل أرض المطعـــون علـــيهما بالطريق العام، فإنه لا يكون قد خالف القانون ويكـــون الـــنعى عليه بأنه فصل فى الدعوى بإنشاء الممر دون أن يصدر فيها قضاء من محكمة أول درجة مخالفا بذلك نظام التقاضى على درجتين فى غير محله .

(طعن رقم ٤٠١ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٧٤/١٢/٣١)

٤١٧ـ الفـرق بين حق الارتفاق والقيود القانونية على حق الملكيـة :

حـــق الارتفـــاق وإن كـــان يتضمن قيدا يرد على ملكية العقار المرتفق به ، إلا أنه قيد استثنائى . يرد على العقار المرتفق به فيحد مـــن المـــنفعة الـــتى كان للمالك أن يحصل عليها من عقاره طبقا للقواعـــد العامة . وهذا القيد لايتقرر بنص فى القانون ، إنما يتقرر بفعـــل الأفـــراد ، إما بالعمل القانونى وإما بالتقادم ، فيعتبر العقار المرتفق به محملا بعبء استثنائى لاتحتمله العقارات الأخرى . أما القـــيود القانونـــية فمصدرها القانون- لا إرادة الأفراد – وترد على كافـــة الملكـــيات الـــتى تـــتوافر فيها شروطها ، وبذلك يكون القيد القـــانونى قـــيدا عاديا ، يشترك فى تكوين النطاق القانونى للملكية

العقاريـــة . فالقــيود القانونية هى التى تحدد النطاق القانونى لحق الملكية [١].

ويترتــب على ما تقدم أن الارتفاقات بالمعنى الدقيق طالما أنها تــتقرر بفعل الأفراد فإنها لاتقع تحت حصر ، إذ لا يحد من إنشائها إلا اعتبارات النظام العام .

وهذه التفرقة بين حقوق الارتفاق بالمعنى الدقيق وبين القيود القانونية كفيلة بتفسيرما بين أحكام كل من الطائفتين من اختلاف :

١- مـــن ذلك أن المادة ٤٤٤ من التقنين المدنى تجيز لمشترى العقار الرجوع على البائع بدعوى ضمان الاستحقاق إذا كانت العين المبيعة مثقلة بتكليف . ولاشك فى أن هذه المادة واجبة التطبيق فى حالـــة ما إذا وجد ارتفاق بالمعنى الدقيق على العقار المبيع ، ولكنها لاتنطـــبق إذا كانـــت ملكـــية البائع مقيدة بأحد القيود القانونية كحق الشـــرب طـــبقا للمادة ٨٠٨ أو المرور القانونى طبقا للمادة ٨١٢، وذلـــك حتى فى حالة ما إذا كان المشترى قد اشترط فى العقد أن يكـــون العقـــار خالـــيا من كل ارتفاق . إذ أن تلك القيود إنما تكون الوضع العادى للملكية العقارية .

٢- لمـــا كان الارتفاق قيدا استثنائيا فإن عدم استعماله مدة ١٥ سنة يقتضى إرجاع الحالة إلى الوضع العادى . ولذلك تنص المادة

---

(١) اسماعيل غانم ص ٢٢ ومابعدها .

١٠٢٧ على انتهاء حقوق الارتفاق بعدم استعمالها مدة خمس عشرة سنة .

وهـذا الـنص لاينطبق على القيود القانونية وإنما يجب لسقوط القيود القانونية ، إما أن يتغير الوضع المادى الذى اشترطه القانون لتقريرها ، كما إذا زالت حالة الانحباس عن الطريق العام التى هى شـرط لحـق المـرور القانونى طبقا للمادة ٨١٢، وإما أن يكتسب بالتقادم ارتفاق مخالف للقيد القانونى (١).

٤١٨ـ شروط حق الارتفاق :

يجب أن يتوافر فى حق الارتفاق الشروط الأربعة الآتية :

الشرط الأول :

أن يوجد عقاران :

يفترض الارتفاق وجود عقارين يتقرر على أحدهما وهو العقار الخـادم أو المـرتفق به خدمة للعقار للآخر وهو العقار المخدوم أو المرتفق .

ويجـب أن يكـون العقـاران الخـادم والمخدوم من العقارات بطبيعتها من أرض وبناء فقط كما سنرى .

ولايهم أن يكون العقاران فى المدن أو القرى .

---

(١) اسماعيل غانم ص ٢٤ .

ولايشــترط أن يكــون العقاران متلاصقين ، وإن كان هذا هو الغالــب ، فــالجوار أو التلاصــق ليســا شرطين لازمين لوجود الارتفــاق. ولذلك فإنه من الجائز أن يتقرر حق الارتفاق على عقار لمصــلحة عقــار بعيد عنه كارتفاق المجرى وحق الشرب ، وحق اغتراف المياه (١).

الشرط الثانى :

أن يكون العقاران مملوكين لشخصين مختلفين :

الارتفاق هو حق عينى مقرر على مال الغير ، ولذلك يجب أن يكــون العقــار المــرتفق مملوكا لغير صاحب العقار المرتفق به . فالإنسان لا يكون له ارتفاق على شئ يملكه .

فــإذا اســتعمل المالك أحد عقاراته لخدمة عقار آخر يملكه فهو لاينشــئ بهذا حق ارتفاق لأحدهما على الآخر ، وإنما هو يفعل ذلك بمقتضــى مــا له من حق ملكيته على العقار يخوله استعماله على الــنحو الذى يراه . غير أنه يصح أن يكون هناك عقاران مملوكان لشخص واحد ، وقد خصص المالك أحد العقارين لتقديم فائدة للعقار الآخــر . ولكن تقاضى هذه الفائدة لايكون استعمالا لحق ارتفاق ، وإنمــا هــو استعمال لحق الملكية مادام العقاران مملوكين لشخص واحد .

---

(١) عــبد المنعم البــدراوى ص ٣٠٢ وما بعــدها - محمد كامل مرسى ص ٣٨٦ .

أما إذا انفصلت ملكية هذين العقارين وأصبح كل منهما مملوكا لشـخص غـير مـالك العقـار الآخر . فهنا يقوم حق ارتفاق بين العقاريـن ويترتـب حق الارتفاق فى هذه الحالة بتخصيص المالك الأصلى كما سنرى (م١٠١٧ مدنى) (١).

وإذا كان المالك فى عقار على الشيوع مالكا ملكية مفرزة لعقار آخـر ، جـاز أن يـتحمل أى من العقارين بارتفاق لصالح الآخر لاختلاف المالكين (٢).

الشرط الثالث :

أن يكون التكليف واقعا على العقار لا مفروضا على الشخص:

يشترط لوجود حق الارتفاق أن يكون التكليف الناشئ منه مقررا علـى العقار نفسه لا على الشخص. فمالك العقار الخادم لايلتزم أن يـؤدى عمـلا ما لصالح العقار المخدوم . أما إذا كان محل الحق عمـلا يؤديه الشخص لم نكن بصدد حق ارتفاق ، وإنما كنا بصدد حق شخصى أى التزام .

ولما كانت المنفعة تتقرر لصالح العقار المخدوم نفسه لا لصالح مالك العقار ، فإنها تظل ملازمة له ، حتى ولو تغير مالكه .

---

(١) السـنهورى ص ١٧٢٨ – عبد المنعم البدراوى ص ٣٠٤ وما بعدها – محمود جمال الدين زكى ص ٦٣٢ وما بعدها .

(٢) توفيق فرج ص ٣٩٤ هامش (١) – عبد المنعم البدراوى ص ٤٠٣ .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إذا كـان الحكـم – حيـن قضـى بأحقية المدعى فى الرى والصرف من مسقى ومصرف معينين استنادا إلى اتفاق غير مسجل محـرر بين المدعى عليه وبين ملاك الأطيان الأصليين الذين آلت عـنهم الملكية إلى المدعى – قد أسس ذلك على أن الحق موضوع هـذا الاتفاق منشئاله أو مقررا ، إن هو إلا من توابع الأطيان ينتقل معهـا إلى من تؤول إليهم ملكيتها ، وأن هذا الاتفاق يعتبر اشتراطا لمصـلحة الغـير ممن تؤول إليهم ملكية الأطيان يترتب عليه نشوء الحـق مباشرة للمشترط بلا حاجة إلى نقله بطريق الحوالة ، وذلك دون أن يبيـن الحكـم أن المدعى عليه مالك أو غير مالك لمجرى المصـرف والمسـقى، وهل هو صاحب حق فى مياههما أم لا، فإن كـان مالكا أو صاحب حق فهل الاتفاق المذكور منشئ للحق الذى هو محله فيكون تسجيله لازما لإنشاء الحق بين العاقدين أنفسهم ، أم مقـرر لــه فلا يلزم تسجيله ، أما إن لم يكن مالكا ولا صاحب حق فـيكون ذلـك الاتفاق مجرد تعهد بعدم التعرض من جانب المدعى علـيه فـيما ليس له حق فيه يكون القضاء للمدعى بالحق فى الرى والصـرف غـير متوقف على وجوده وعلى تسجيله – فهذا الحكم يكـون معـدوم الأسـاس معجزا محكمة النقض عن مراقبة صحة تطبيق القانون ".

(طعن رقم ١٣٥ لسنة ١٦ ق جلسة ١٩٤٨/٣/١١)

فالارتفـــاق هو كالانتفاع من الحقوق المتفرعة عن حق الملكية، ولذلـــك فهـــو يقع مباشرة على الشئ ولايصح أن يكون محله عملا يؤديه المالك .

ولهذا نجد نوعين من الارتفاقات : ارتفاقات إيجابية ، وهي التي تخـــول صاحبها القيام بعمل على عقار الغير كالمجرى أو المرور، وهذه لاتلزم مالك العقار الخادم إلا بترك المنتفع بالارتفاق يقوم بهذه الأعمــــال على عقاره . وارتفاقات سلبية توجب على صاحب العقار الخـــادم الامتناع عن استعمال ملكه على نحو معين كالارتفاق بعدم البـــناء أو بعـــدم التعلية . ولكن لا يمكن تصور حق ارتفاق يكون محله عملا يقوم به مالك العقار (١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- (أ) - " مـــناط الـــتفرقة بين حق الارتفاق كحق عيني وبين مجـــرد الحـــق الشخصي هو ما إذا كان التكليف على العقار مقررا لفائدة عقار آخر فيكون حق ارتفاق أم لفائدة شخص بعقد لاينشئ إلا حقوقـــا شخصية فيكون حقا شخصيا لما كان ذلك وكان التخصيص مـــن المـــالك الأصلي من أسباب كسب الارتفاقات الظاهرة ، فإن مجـــرد إقامـــة العلامـــة الظاهرة بين العقارين وإنشاء علاقة تبعية بيـــنهما مـــن شـــأنه أن يدل على وجود ارتفاق لو أن العقارين كانا

---

(١) عبد المنعم البدراوي ص ٣٠٥ .

مملوكيـــن لمـــلاك مختلفيـــن ولايدل على أن التكليف مقرر لفائدة شـــخص. كمـــا أن النص على الارتفاق فى عقود الإيجار أو عدم لزومه لزوماً ضمنيا للعقار المخدوم لايغير من طبيعته العينية " .

(ب)- " الفصل فيما إذا كان الوضع الذى أنشأه المالك قد قصد به خدمة شخصية مؤقتة أو إخضاع أحد العقارين لخدمة الآخر على وجـــه الـــدوام هـــو مما يستقل به قاضى الموضوع دون رقابة من محكمة النقض " .

(طعن رقم ٤٣١ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٧٨/١٢/١٣)

٢- (أ)- " عرف الشارع الارتفاق فى المادتين ١٠١٥، ١٠١٧ مـــن القانون المدنى ومفاد هذا أن علاقة التبعية التى ينشئها المالك بين العقارين تدل عليها واقعة مادية أجاز المشرع إثباتها بأى طريق من طرق الإثبات هى إقامة المالك الأصلى للعقارين علامة ظاهرة تنبئ فى وضوح عن أن أحد العقارين يخدم الآخر ، بحيث تبدو هذه التبعـــية مؤدية تأدية تامة للجهة الاقتصادية للارتفاق الذى لم يبرز وجـــوده قانونا بسبب اتحاد المالك ، ذلك أن هذه العلاقة لاتشكل فى حد ذاتها ارتفاق بالمعنى القانونى المنصوص عليه فى المادة ١٠١٥ مـــن حيـــث كونه مرتبا على عقار لفائدة عقار غيره يملكه شخص آخـــر وإنمـــا تظل فى أداء مهمته إلى أن ينشأ من الناحية القانونية

عـندما يصـبح العقاران مملوكين لمالكين مختلفين مع بقائهما على حالهما ".

(طعن رقم ١٨١٣ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٩٣/١/٢١)

(ب)- " إن مـناط الـتفرقة بين حق الارتفاق كحق عينى وبين مجـرد الحـق الشخصى هو ما إذا كان التكليف على العقار مقررا لفـائدة عقار آخر فيكون حق ارتفاق أم لفائدة شخص بعقد لا ينشئ إلا حقوقا شخصيا فيكون حقا شخصيا " .

(طعن رقم ١٨١٣ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٩٣/١/٢١)

٣- " إذا كان البت فيما إذا كان الوضع الذى أنشأه المالك قصد به خدمة شخصية مؤقتة أو إخضاع أحد العقارين لخدمة الآخر على الـدوام هـو من الدفوع القانونية التى يختلط بها واقع ، وكان دفاع الطاعـن أمام محكمتى الموضوع اقتصر على أن حديقة النزاع هى جـزء من العين المؤجرة له أو فى الأقل القليل إحدى ملحقاتها ولم يـثر الطاعن أمام محكمة الموضوع دفاعا يتعلق بالمادة ١٠١٧ من القانون المدنى التى قصدها فى وجه النعى مما يدل على أن الطاعن تمسـك بدفـاع جديد يخالطه واقع لم يسبق التحدى به أمام محكمة الموضوع فلا يجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض " .

(طعن رقم ١٨١٣ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٩٣/١/٢١)

الشرط الرابع :

أن يكون التكليف مقــررا لصالح العقار لا الشخص :

يشــترط أن يكون التكليف مرتبا لمنفعة العقار المرتفق ، وهذه المــنفعة قد تكون إيجابية كحق المرور ، وقد تكون سلبية كارتفاق عدم البناء .

ويترتب على هذا الشرط نتيجتان :

١- أن مزية الارتفاق باعتبارها متعلقة بالعقار المرتفق ، تظل ملازمة له وتنتقل معه ، مهما انتقلت ملكيته من شخص إلى آخر ، فكل من ملك العقار المرتفق أو ترتب له حق انتفاع عليه ، جاز له الاستفادة من حقوق الارتفاق المقررة للعقار. فهو يمثل- اقتصاديا- زيادة فى قيمة العقار المرتفق ، يفيد منها كل مالك له .

٢- أن المــنفعة الــناجمة عن الارتفاق يجب أن تكون مسخرة للعقــار المــرتفق ، لا لشــخص مالكه . ولئن أفاد هذا الأخير من الارتفاق – من حيث المآل- فإنه يفيد منه باعتباره مالكا للعقار ، لا باعتــبار الارتفاق تكليفا مسخرا لشخصه ، ولذلك فهذه الإفادة تثبت لكل مالك لهذا العقار .

فــإذا مــنح مالك عقار جاره حق التنزه فى أرضه ، أو قطف الأزهــار مــنها أو حق الصيد منها أو حق الرعى ، فإن هذا لايعد حق ارتفاق ، لأنه مسخر لمنفعة الجار الشخصية لا لمنفعة عقاره .

غـير أن الاتفـاق يكون منشئا لحق ارتفاق إذا كانت الخدمة متصـلة اتصـالا مباشـرا وثيقا بطريقة استعمال العقار المخدوم واستغلاله . كما لو اتفق صاحب مصنع مع مالك منجم مجاور على أن يكـون له الحق فى أن يأخذ من المنجم المواد الخام التى يحتاج إلـيها وعلى الخصوص مواد الوقود(١) . لأن حق أخذه هذه المواد لايفيد من تقرر له إلا بصفته صاحب مصنع يحتاج إلى استعمال هذه المواد ، فنحن هنا بصدد خدمة أو فائدة مقررة للعقار وليست خدمة لشخص المالك .

ومـثل ذلـك أيضا نقل القوة المائية الناتجة من مسقط مياه بعد تحويلها إلى قوة كهربائية يجوز أن يكون محلا لحق ارتفاق لصالح مصنع مجاور ، مهما تكن الطريقة التى تنقل بها هذه القوة (٢).

وكذلك إذا كان العقار فندقا وترتب له حق إيداع سيارات نزلائه فـى حظيرة موجودة بأرض جاره ، فإن هذا الحق يمكن أن يعتبر حق ارتفاق حيث أن المنفعة هنا منفعة عينية مقرره للعقار باعتباره فـندقا وليست مقررة لصاحبه . وقد أورد المشرع – كما سنرى– تطبيقا تشريعيا لذلك ، فنصت المادة ١٠١٨/١ مدنى على أنه: " إذا فرضـت قيود معينة تحد من حق مالك العقار فى البناء عليه كيف

---

(١) محمـد وحيد الدين سوار ص ٨٢٤ وما بعدها – نبيل سعد ص ٢٦٣ ومابعدها .

(٢) عبد المنعم البدراوى ص ٣٠٩ وما بعدها .

شـــاء كـــأن يمـــنع من تجاوز حد معين فى الارتفاع بالبناء أو فى مساحة رقعتها ، فإن هذه القيود تكون حقوق ارتفاق على هذا العقار لفائدة العقارات التى فرضت لمصلحتها هذه القيود . هذا ما لم يكن هناك اتفاق يقضى بغيره " (١).

وتفهـــم كلمة " فائدة " الواردة بالنص بمعناها الأعم ، فتشمل كل خدمة حالية أو مستقبلة تعود على العقار ، فيجوز الاتفاق أثناء بناء منزل ، على تقرير ارتفاق – كحق مطل – لمصلحة هذا المنزل(٢).

ويصـــح أن تكون الفائدة احتمالية ، فيكون صحيحا الاتفاق الذى يقرر حق ارتفاق لفائدة عقار لم يشيد بعد ، أو لمصلحة عقار ينوى شخص شراءه (٣).

وكـــان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى يشتمل على نص هو المادة ١٢٨٧من المشروع يقضى بأن :

" ١- يجوز أن يرتب حق الارتفاق لتحقيق فائدة مستقبلة للعقار المـــرتفق ٢- وإذا كـــان العقار المرتفق أو العقار المرتفق به بناء مزمعا إقامته أو عقارا مزمعا تملكه ، فإن الارتفاق لايتقرر إلا عند تمـــام البـــناء أو تحقـــق الملك " . وجاء عنه فى مذكرة المشروع التمهـــيدى أنـــه : "الأصل أن تكون الخدمة حالة ، ولكنها قد تكون

---

(١) نبيل سعد ص ٢٦٤ .

(٢) محمد كامل مرسى ص ٣٨٥- السنهورى ص ١٧٣٠ .

(٣) محمد كامل مرسى ص ٣٨٥ .

مستقبلة، كحق ارتفاق يقرر على بناء مزمع إقامته ، فيتفق صاحب العقـــار المـــرتفق مع صاحب البناء المستقبل على تقرير حق مطل مـــثلا علـــى هذا البناء عند تمامه ، وكحق ارتفاق يقرر على عقار مزمع تملكه فيتفق صاحب العقار المرتفق مع الشخص الذى يتملك هذا العقار على أن يكون له حق مرور عليه عند تملكه " [١]. إلا أن هـــذا النص حذف فى لجنة المراجعة دون أن تبين أسباب الحذف ، ويبدو أن ذلك يرجع إلى تجنب التفصيلات [٢].

٤١٩ـ خصائص حق الارتفاق :

يتميز حق الارتفاق بالخصائص الآتية :

١- أنه حق عينى عقارى :

فهو حق عينى لأن محله شئ من الأشياء وليس عملا أو امتناعا عن عمل .

وهو حق عقارى لأنه لايرد إلا على العقارات .

وهـــو بذلـــك يختلف عن حق الانتفاع الذى يرد على العقارات والمنقولات ولصاحب حق الارتفاق سلطة على العقار الخادم يحتج بها قبل جميع من تنتقل إليهم ملكية هذا العقار .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٦ ص ٦٢٣ الهامش وما بعدها .

(٢) السنهورى ص ١٧٣٠ هامش (١) .

٢- أنه حق تابع :

حق الارتفاق ليس حقا قائما بذاته ، بل هو حق تابع للعقار المرتفق بحيث لا يمكن فصله عنه فينتقل معه كلما انتقلت ملكيته من شخص لآخر ، سواء كان ذلك بمقابل كالبيع والمقايضة أو بدون مقابل كالهبة والوصية .

كذلك إذا ترتب على العقار حق انتفاع أو حق استعمال أو حق سكنى فإن هذا الحق لايخل بحق الارتفاق .

وليس لمالك العقار المرتفق أن يلحق الارتفاق بعقار آخر، أو أن يتصرف فيه من غير العقار ، كما أنه لايجوز لمالك العقار المقرر عليه الارتفاق أن ينقل الارتفاق إلى عقار آخر .

ولكن يصح للمالك تغيير محل الارتفاق ، إذا كان هذا التغيير لايجعل استعمال حق الارتفاق أشق على صاحب هذا الحق مما كان قبل التغيير (المادة ١٠٢٣ مدنى) . وسنعرض لذلك بالتفصيل فى موضعه .

وبما أن حق الارتفاق لايوجد من غير العقارين المرتفق والمرتفق به ، فلا يجوز بيعه أو إجارته أو رهنه أو حجزه مستقلا، فهو حق لايجوز التصرف فيه للغير .

ولكن إذا كان العقار المقرر لمصلحته حق الارتفاق مرهونا فإن الرهن يشمل حق الارتفاق باعتباره من ملحقات العقار .

كذلك إذا كان حق الارتفاق مقررا لمصلحة عقار ، وحجز دائنو المالك على هذا العقار ، فإن حق الارتفاق يدخل فى الحجز ، فيباع مع العقار ، ولكن لايمكن حجزه مستقلا عن العقار كما تقدم .

ولاتكون حقوق الارتفاق محلا لحق الامتياز .

وعلـــى ذلك فمالك العقار المرتفق به الذى يخول ارتفاقا مقابل مـــبلغ من المال لا يكون ممتازا بالمبلغ المستحق له إذا بيع العقار المرتفق [١].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

(أ) – " إن مـــن آثار البيع نقل ملكية المبيع إلى المشترى بما يكملها وبما يحددها ، ولما كان الارتفاق المقرر لمنفعة العقار المبيع مـــن مكملات ملكيته كان لا موجب للتنصيص عليه بالذات فى عقد البيع كى يمكن للمشترى التحدى به " .

(طعن رقم ٣لسنة ١٨ ق جلسة ١٩٤٩/١/١٣)

(ب) – " إن المبـــيع ينـــتقل إلـــى المشترى بالحالة التى حددها الطـــرفان فـــى عقد البيع ، وإذ كان الثابت أن البائعتين للطاعنة قد صـــرحتا فـــى عقد البيع بنفى وجود أى حق ارتفاق للعقار المبيع .

---

(١) محمد كامل مرسى ص ٣٨٧ وما بعدها – محمد وحيد الدين سوار ص ٨٢٦– محمود جمال الدين زكى ص ٦٣٣ .

فــإن القول بانتقال هذا الحق إلى المشترى رغم وجود النص المانع يكون على غير أساس ".

(طعن رقم ٤٥٩ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٧٠/١/١٥)

(ج)- "عقــد البــيع العقارى – ولو لم يكن مشهرا – ينقل إلى المشــترى جميع الحقوق المتعلقة بالمبيع والدعاوى المرتبطة به بما فى ذلك طلب نفى حق الارتفاق " .

(طعن رقم ٥١٣ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧٣/١/٢٥)

(د) – " علاقــة التبعــية الــتي ينشئها المالك بين العقارين تدل علــيها واقعــة ماديــة أجاز المشروع إثباتها بأى طريق من طرق الإثبات – هى إقامة المالك الأصلى للعقارين علامة ظاهرة تنبئ فى وضــوح عن أن أحد العقارين يخدم الآخر ، بحيث تبدو هذه التبعية مؤديــة تأدية تامة للمهمة الاقتصادية للارتفاق الذى لم يبرز وجوده قانونــا بسبب اتحاد المالك ، فإذا كان من أقام العلامة الظاهرة ليس هو المالك للعقارين فإن استبقاء الأخير للوضع الفعلى القائم كما هو بعــد أن تلقاه قائما يتحقق به قيام التبعية بين العقارين ليخدم أحدهما الآخــر ، تلــك العلامــة التى لاتشكل فى حد ذاتها ارتفاقا بالمعنى القــانونى المنصــوص عليه فى المادة ١٠١٥ مدنى من حيث كونه مرتبا على عقار لفائدة عقار غيره يملكه شخص آخر وإنما تظل فى أداء مهمــته إلى أن ينشأ من الناحية القانونية عندما يصبح العقاران

مملوكين لمالكين مختلفين مع بقائهما على حالهما وذلك على أساس أن العلامة الظاهرة الدالة على تبعية العقارين كانت ماثلة أمام مالك العقـار المرتفق به فلم يبد اعتراضا عليها مما يعد رضاء ضمنيا بنشـوء حـق ارتفاق على عقاره ، وهو لايشترط لنشوئه أن يكون لازما لزوما ضمنيا للعقار المخدوم ".

(طعن رقم ٤٣١ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٧٨/١٢/١٣)

٣- أنه حق دائم :

الارتفـاق حق دائم مثل الملكية المتعلق بها . وهذه نتيجة كونه حقـا تابعـا . ويختلف الارتفاق بهذا عن جميع الحقوق العينية التى تتفرع عن الملكية .

غـير أن الدوام ، إذا كن من طبيعة الارتفاق ، إلا أنه ليس مع ذلك من مستلزماته . ويجوز من ثم الاتفاق على تحديد حق ارتفاق بمـدة معيـنة إنما لايجوز لصاحب العقار المرتفق به ، وفى مقابل تقدمة مالية التخلص منه دون رضاء مالك العقار المرتفق .

كمـا يمكن أن ينتهى حق الارتفاق بأسباب أخرى منها انقضاء الأجـل المحـدد له وعـدم الاسـتعمال وتغير وضع الأشياء وفقد الارتفاق منفعته للعقار المرتفق [١]، وبعدم الاستعمال .

---

(١) محمـد كـامل مرسى ص ٣٨٨ - السنهورى ص ١٧٣٢ وما بعدها - محمود جمال الدين زكى ص ٦٣٤ .

٤- أنه حق غير قابل للتجزئة :

حـــق الارتفـــاق غـــير قـــابل للتجزئة . ولهذه الخاصية معنى مزدوج:

(أ) فهو يعنى أولا أن الارتفاق يرتب لمنفعة كل جزء من أجزاء العقـــار المرتفق ، ويترتب على كل جزء من أجزاء العقار المرتفق بـــه وعلـــى ذلك فلا يجوز إنشاؤه على حصة شائعة ، ولا لمنفعة حصة شائعة فى عقار مشترك . وإذا كان مقررا على عقار مشترك فلا يقع على حصة دون أخرى من ذلك العقار ، بل يقع على العقار كله.

(ب) أنـــه إذا جزئ العقار المرتفق بقى حق الارتفاق لكل جزء مـــن أجـــزائه ، دون أن يـــزيد العبء من جراء ذلك على العقار المـــرتفق به . وأن العقار المرتفق به إذا جزئ بقى الارتفاق بكامله جاثمـــا علـــى كل جزء من أجزائه ، كما لو كان العقار المرتفق به مـــثقلا بعدم البناء وانتقل إلى عدة ورثة ، واقتسموه فإن حصة كل شريك من الشركاء تظل مثقلة بهذا الحق بالرغم من فرزها [١].

وإذا كانت هذه هى القاعدة إلا أنه عند تجزئة العقار قد يبدو أن الارتفـــاق لايفـــيد إلا جـــزءا معينا منه ، أو أنه لايستعمل إلا على

---

(١) محمد وحيد الدين سوار ص ٨٢٨ - محمود جمال الدين زكى ص ٦٣٤ وما بعدها .

بعــض أجزائه . ولذلك فإنه من المنطقى القول بتجزئة الارتفاق فى هاتين الحالتين أى بحصره فى أجزاء دون أجزاء . وهو ما تنبه له المشرع فى المادتين ١٠٢٤ ، ١٠٢٥ مدنى .

فالمــادة ١٠٢٤ بعــد أن نصت فى فقرتها الأولى على أنه إذا جــزئ العقار المرتفق بقى الارتفاق مستحقا لكل جزء منه "على ألا يــزيد ذلك فى العبء الواقع على العقار المرتفق به " ، أضافت فى فقرتها الثانية قولها : " غير أنه إذا كان حق الارتفاق لايستعمل فى الواقع على بعض هذه الأجزاء ولايمكن أن يستعمل عليها ، فلمالك كل جزء منها أن يطلب زوال هذا الحق عن الجزء الذى يملكه"(١).

(أنظر فى التفصيل شرح المادتين ١٠٢٤ ، ١٠٢٥)

٤٢٠ـ الأشياء التى يرد عليها حق الارتفاق :

تنص الفقرة الأولى من المادة ١٠١٥ على أن : " الارتفاق حق يحــد من منفعة عقار ... " ، ومفاد هذا أن الارتفاق لايرد إلا على عقار .

ومن ثم لايرد الارتفاق على المنقول .

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ٣١٤ .

ولمــا كان استعمال حق الارتفاق هو عن طريق القيام بأعمال مادية ، فإن العقار الذى يصلح أن يكون محلا لذلك يجب أن يكون عقارا بطبيعته (١).

والعقــار بطبيعته الذى يصلح لأن يرد الارتفاق عليه أو يتقرر لفائدته ، هو الأرض والمبانى والمنشآت .

فــالأرض سواء كانت زراعية أو أرض فضاء ، فى المدن أو القرى ، تصلح أن تكون محلا لحق الارتفاق .

والمــبانى والمنشآت تصلح أيضا أن تكون محلا للارتفاق لأنها عقار بطبيعته لاندماجها فى الأرض ، ولاتصبح عقارا إلا إذا شيدت فاندمجت فى الأرض ، وأصبحت ثابتة مستقرة ، فلا يمكن تحويلها أو نقلهــا إلا إذا هدمت . ويشمل ذلك المساكن والمكاتب والحوانيت والقناطر والسدود والخزانات (٢).

أمــا الأشــجار ولــو أنهــا عقارا بطبيعته إلا أنها ليست دائمة بطبيعــتها ولا يمكــن أن يرتكز عليها حق الارتفاق الذى هو دائم بطبيعته (٣).

---

(١) السنهورى ص ١٧٣٤ – عبد المنعم البدراوى ص ٣٠٢ .
(٢) السنهورى ص ١٧٣٥ – محمود جمال الدين زكى ص ٦٣٠.
(٣) السنهورى ص ١٧٣٥ – عبد المنعم البدراوى ص ٣٠٣- محمود جمال الدين زكى ص٦٣٠- وعكس ذلك محمد كامل مرسى ص ٣٩٠- محمد وحيد الدين سوار ص ٨٢٥- اسماعيل غانم ص ٣٠ .

وينبـــنى علـــى مـــا تقـــدم أن الارتفاق لايتقرر على العقارات بالتخصـــيص ، لأن العقـــارات بالتخصـــيص هـــى بطبيعتها أشياء مـــنقولة، وإنمـــا اكتسبت صفة العقار افتراضا بالتبعية بحكم كونها مخصصة لخدمة عقار .

ولايمكـــن أن يتقرر الارتفاق على الأموال العقارية أى الحقوق العقارية – كحق الانتفاع والرهن الرسمى ، وكحق الارتفاق ذاته ، فـــلا يصـــلح أن يكـــون محلا لحق ارتفاق آخر يترتب عليه . لأن طبـــيعة الارتفـــاق تقتضى لاستعماله القيام بأعمال مادية لايمكن أن تتصور إلا بالنسبة للعقارات المادية أى الأشياء العقارية دون الحق.

٤٢١ـ ترتيـب الارتفـاق على المال العام إذا كان لايتعارض مع الاستعمال الذى خصص له :

الأصـــل أنـــه يجب فى العقار الذى يرد عليه حق الارتفاق أن يكون قابلا للتعامل .

غـــير أن المـــادة ١٠١٥ مدنـــى نصت فى عجزها على أن : "ويجـــوز أن يترتب الارتفاق على مال عام إن كان لايتعارض مع الاســـتعمال الـــذى خصـــص له هـــذا المال " . فإذا كان الارتفاق

لايـــتعارض مع الاستعمال الذى خصص له المال العام ، فإنه يجوز ترتيب حق ارتفاق عليه .

وترتيبا على ذلك قضت محكمة النقض بأن :

" لقاضـــى الموضـــوع السلطة التامة فى بحث ما يقدم من أدلة الدعـــوى على وجه صحيح وفى موازنة بعضها ببعض وترجيح ما تطمئـــن نفسه إلى ترجيحه منها. فإذا كان الأساس الذى بنيت عليه دعوى التعويض هو أن وزارة الأشغال قطعت مصرفا كان يستعمله المدعى لصرف مياه أطيان له ، وأن هذا الفعل قد ترتب عليه بوار أطـــيانه ، وقضـــى الحكم الابتدائى برفض الدعوى استنادا إلى أن الحكومة لم يقع من جانبها خطأ مستوجب للتعويض ، وأمام محكمة الاســـتئناف عـــرض أساس آخر للدعوى وهو اكتساب وجود حق ارتفـــاق بالصـــرف علـــى أرض الحكومة اكتسبه المدعى بالتقادم فقضـــت له بالـــتعويض بناء على ذلك . وعلى أن الوزارة قطعت المصـــرف عـــند إنشائها الترعة التى أنشاتها ، وكانت الأدلة التى ســـاقها الحكم لإثبات اكتساب حق الارتفاق بالتقادم تنحصر فى أن الـــوزارة لـــم تنكر على طالب التعويض دعواه به إلا أمام محكمة الاســـتئناف ، وســـكتت عـــن الدفـــع بعدم وجوده طوال المدة التى

اســتغرقتها الدعــوى أمام محكمة الدرجة الأولى، وكذلك فى أقوال طالــب الــتعويض الذى قرر أن المصرف أنشئ فى سنة ١٨٩٣ . وفــيما قــرره خبير إثبات الحالة من أنه وجد فى الطبيعة مصرفين ماريــن بها من زمن بعيد . فإن هذه الأدلة لاتؤدى إلى النتيجة التى استخلصــتها المحكمة منها . وذلك لأن سكوت الوزارة أمام محكمة الدرجــة الأولى لايؤخذ منه تسليمها بحق الارتفاق ، إذ الدفاع وقتئذ لــم يكن دائرا حول وجود هذا الحق أو عدم وجوده وإنما كان دائرا حــول ما إذا كان إنشاء الترعة التى أنشأتها الوزارة قد ترتب عليه ضرر لأرض طالب التعويض أو لم يترتب ، ولأن قول المدعى أن المصــرف أنشــئ فــى سنة ١٨٩٣ لا يمكن اعتباره دليلا فى هذا الصــدد لصدوره من نفس المدعى بالحق المتنازع عليه ، ولأن ما قــرره الخبــير ليس إلا عبارة مجهلة لايمكن أن يؤخذ منها توافر شرط تكامل المدة اللازمة لاكتساب حق الارتفاق بالتقادم وإذن فإن هــذا الحكم يكون قد لحقه العيب فى الاستناد والقصور فى الأسباب ويتعين نقضه " .

(طعن رقم ٥٦ لسنة ٩ ق جلسة ١٩٤٠/٣/١٤)

وتجب هنا التفرقة بين فروض ثلاثة :

١- أن يكون التكليف المراد تقريره على العقار المعتبر من الأموال العامة ، لمصلحة عقار مجاور ، يخالف تخصيص العقار الأول . أى لايتفق مع الاستعمال الذى أعد له فإنه لايمكن تقرير حق الارتفاق عليه .

فالمالك المجاور للطريق العام أو الميدان العام لايستطيع اكتساب الحق فى أن تكون له أكشاك أو أرائك أو مجرى ماء .

وإنه وإن كان للحكومة أن تسمح ببعض أعمال الاستعمال ، فإن لها أن تقف هذه الأعمال بدون أن يكون للمالك الذى يجريها حق طلب ثمة تعويض .

٢- أن يكون التكليف المراد تقريره على المال العام متفقا مع تخصيص العقار ، فإنه يجوز ترتيب هذا الارتفاق ، ومثل ذلك أن يفتح الجار نوافذ أو أبواب على الطريق العام ، وكارتفاقات الرى المترتبة على الترع والمصارف العامة وحق الشرب والمسيل للأراضى الزراعية المجاورة للترع العامة والمصارف العامة .

٣- أن يكون التكليف المراد تقريره على المال العام ليس مطابقا لتخصيص العقار الداخل فى الملك العام ، ولكنه لايتعارض مع هذا التخصيص . ومثل ذلك أن يحصل مالك الدار على ممر تحت الطريق العام للوصول إلى داره ، وأن يحصل مالك المقهى

المجاورة للطريق العام على حق وضع كراسى ملاصقة لمقهاه فوق الرصيف (١).

٤٢٢ـ الأثر المترتب على ترتيب حق الارتفاق فى الحالتين الثانية والثالثة :

التكليف الذى يترتب على العقار المعتبر من الأموال العامة فى الحالتين الثانية والثالثة سالفتى الذكر بالبند السابق هو حق ارتفاق إدارى عملا بنص المادة ١٠١٥ ولأصحاب حقوق الارتفاق الإدارية هذه أن يحتجوا بها على الغير عن طريق دعوى الإقرار بالحق ولهم رفع دعاوى الحيازة ، والمطالبة بالتعويض على أساس المسئولية التقصيرية أو بموجب الادعاء مدنيا فى دعوى مخالفات الطريق العام أو برفع دعوى المخالفة المباشرة (٢).

غير أنه لما كان للحكومة الحق دائما فى تغيير حالة الأمكنة وإزالة صفة الملك العام عن الطرق ، فإن ذلك يؤدى ولا محالة إلى زوال حق الملاك أصحاب الارتفاقات على الملك العام ، طالما يتفق ذلك والمصلحة العامة .

غير أنه يجب فى حالة إنهاء الحكومة للارتفاق ، أن تعوض صاحب حق الارتفاق .

---

(١) محمد كامل مرسى ص ٣٩٠ وما بعدها – السنهورى ص ١٧٣٦ ومابعدها .

(٢) السنهورى ص١٧٤٠ وما بعدها– رمضان أبو السعود ٥٣٥ وما بعدها.

كمـــا يجـــوز للحكومة إذا أنهت تخصيص الطريق العام للمنفعة العامـــة أن تلزم المشترى باحترام حقوق الارتفاق التى ترتبت على الطريق أو بتعويض أصحابها .

ويجب إذا ألغت الحكومة التخصيص للمنفعة العامة ، ألا ينطوى ذلك على مخالفة للقانون ، أو تعسف فى استعمال السلطة [1].

أقسام حقوق الارتفاق :

تنقسم حقوق الارتفاق إلى ثلاثة أقسام هى :

٤٢٣ – القســـم الأول :

الارتفاقات المستمرة وغير المستمرة :

يكـــون الارتفاق مستمرا إذا كان من الممكن أن يستمر استعماله دون تدخل الإنسان .

ومنها ما لا يحتاج إلى تدخل الإنسان أصلا ، مثل الارتفاق بعدم التعلية أو الارتفاق بعدم البناء ، وهو ارتفاق سلبى كما سنرى .

ومنها ما يحتاج إلى القيام ببعض الأعمال ، إلا أنها متى أنشئت هـــذه الأعمـــال أمكن استعمال حق الارتفاق دون تدخل الإنسان . ومـــثال هذه الارتفاقات المطلات . فكل ما تستلزمه المطلات هو إقامـــة فتحاتها فقط ، أما استعمالها فلا يستلزم تدخل صاحب العقار المرتفق .

---

(١) السنهورى ص ١٧٤١– رمضان أبو السعود ص ٥٣٦ .

وأيضـــا حق المجرى ، وهو جلب المياه اللازمة للرى من قناة تمــر فى أرض الغير ، فمتى أنشئت القناة استطاع صاحب العقار المــرتفق أن يســتفيد مـــن الارتفـــاق دون حاجـــة إلى عمل جديد متكرر[١].

أمـــا حقــوق الارتفاق غير المستمرة فهى التى يلزم لاستعمالها عمـــل الإنسان أى التدخل الحالى للإنسان بأعمال متوالية من جانب مـــالك العقار المرتفق . ومثال ذلك حق المرور فلا يتصور الإفادة من الارتفاق إلا بمرور الإنسان على العقار المقرر عليه الارتفاق. وأيضا حق اغتراف المياه ، إذ يقتضى قيام المالك بعمل إيجابى هو اغتراف المياه . وحق الشرب إذ يقتضى قيام المالك بالحصول على المياه [٢].

فالفكـــرة الجوهـــرية فى التمييز بين الارتفاقات المستمرة وغير المستمرة ليست فى استمرار الحق بما لهذا اللفظ من معنى معروف، ولكـــنها تـــدور حول ضرورة تدخل الإنسان لاستعمال الارتفاق أو عـــدم ضرورة ذلك . وتظهر أهمية هذا التقسيم فيما يتعلق باحتساب مـــدة الـــتقادم المســـقط عند انتهاء حق الارتفاق بعدم الاستعمال . فسنرى أن مدة السقوط بالنسبة لحق الارتفاق غير المستمر تبدأ فى الســـريان مـــن آخر وقت قام فيه صاحب العقار المرتفق بعمل من

---

(١) محمد كامل مرسى ص٤٠٢ وما بعدها- عبد المنعم البدراوى ص٤٠٢.
(٢) عبد المنعم البدراوى ص ٣١٨- نبيل سعد ص ٢٦٦ .

أعمـــال استعمال الارتفاق ، ذلك أن هذا النوع من حقوق الارتفاق يســتلزم لاستعماله كما ذكرنا تدخلا مستمرا من جانب المستفيد منه فى كل مرة يريد فيها استعمال الارتفاق . أما الارتفاق المستمر فإن مــدة ســقوطه بعدم الاستعمال لاتبدأ فى السريان إلا من اليوم الذى يمــنع فيه صاحبه من استعماله بعمل مضاد يقوم به صاحب العقار المرتفق .

٤٢٤ ـ القسم الثانى :

الارتفاقات الظاهرة والارتفاقات غير الظاهرة :

تنقسم الارتفاقات إلى ارتفاقات ظاهرة وارتفاقات غير ظاهرة.

وحقــوق الارتفــاق الظاهرة ، هى التى يكون لها مظهر مادى خــارجى يــدل على وجودها أى يكون لها علاقة ظاهرة تدل على وجود حق الارتفاق .

فحقــوق الارتفاق الظاهرة هى التى يتوافر فيها شرط الإعلان الذى يتطلبه وضع اليد . فيجب أن يظهر حق الارتفاق لمالك العقار المــرتفق بـــه وأن يعلـــن بطــريقة محققة لا لبس فيها وجود هذا الارتفاق.

والعلامة فى الارتفاق الظاهر قد تكون بالعقار المرتفق به ، كما هــو الحال فى حق المرور إذا دل عليه تخطيط الطريق ، أما إذا لم يكــن الطــريق مخططــا ، فـــإن حق المرور يكون ارتفاقا غير

ظاهر[١]. أو تكون العلامة نافذة مفتوحة فى بناء ، كما لو قام مالك بـــناء بفتح نافذة فيه تطل على بناء مملوك لآخر دون ترك المسافة القانونية مما يوحى بوجود حق ارتفاق بالمطل [٢].

والعلامة فى الارتفاق الظاهر قد تكون بالعقار المرتفق إذا كانت واضحة لمالك العقار المرتفق به .

ويجـــب أن يكون مالك أحد العقارين هو الذى أقام هذه العلامة، فإذا أقامها شخص غيرهما دون تفويض منهما ، كمستأجر مثلا فلا نكون بصدد علامة ظاهرة [٣].

أما ظهور الارتفاق فى سند مسجل فلا يكفى لجعله ظاهرا بهذا المعنى [٤].

أما حقوق الارتفاق غير الظاهرة ، فهى التى لايكون لها مظهر مادى خارجى يدل على وجودها، فلا يكون لها ثمة علامة تميزها.

ومثل ذلك الارتفاق بعدم البناء أو عدم التعلية عن ارتفاع معين، وبصفة عامة جميع حقوق الارتفاق السلبية .

ولئـــن كان الاستمرار أو عدم الاستمرار بالنسبة إلى كل ارتفاق صـــفة غـــير متغـــيرة تعين له مكانا ثابتا ، فإن الحال بخلاف ذلك

---

(١) اسماعيل غانم ص ٢٥ .

(٢) محمد لبيب شنب ص ٤١٤ .

(٣) محمد لبيب شنب ص ٤١٤ .

(٤) عبد المنعم البدراوى ص ٣٢٠ هامش من (٣) .

بالنسبة إلى الظهور وعدمه . فنفس الارتفاق قد يكون تارة ظاهرا وتارة غير ظاهر. فمثلا حق المجرى الذى يستعمل بواسطة أنابيب موضوعة على سطح الأرض يكون ظاهرا ، فى حين أن الأنابيب إذا دفنت فى الأرض فإن ذلك يجعله غير ظاهر . وحق المرور يكون ظاهرا إذا دل على وجوده طريق من الحجر أو ممر مخطط أو باب ، ويكون غير ظاهر إذا لم يوجد أثر يدل عليه [١].

وتبدو أهمية التفرقة بين الارتفاقات الظاهرة والارتفاقات غير الظاهرة فى المسائل الآتية :

١- حقوق الارتفاق الظاهرة هى وحدها التى يمكن كسبها بالتقادم ، دون الارتفاقات غير الظاهرة (مادة ١٠١٦/٢ مدنى) .

٢- حقوق الارتفاق الظاهرة هى التى يصح أن ترتب بتخصيص المالك الأصلى (رب الأسرة) ، وذلك على خلاف الارتفاقات غير الظاهرة (مادة ١٠١٧/١ مدنى) .

٣- فى عقد البيع افترض القانون أن البائع قد اشترط عدم الضمان بالنسبة لحق الارتفاق إذا كان هذا الحق ظاهرا (مادة ٤٤٥/٢ مدنى) [٢].

---

(١) محمد كامل مرسى ص ٤٠٧ وما بعدها – محمد وحيد الدين سوار ص ٨٣٢- توفيق فرج ص ٢٩٨ .

(٢) عبد المنعم البدراوى ص ٣٢٠ .

٤٢٥ـ تداخل التقسيمين السابقين :

التقسـيمان السـابقان متداخلان وإن كان كل منهما متميزا عن الآخر ، فالارتفاق المستمر قد يكون ظاهرا وقد يكون غير ظاهر . فمـثلا الارتفاق بالمطل المنشأ فى غير المسافة القانونية هو ارتفاق مسـتمر وظاهر فى ذات الوقت ، لأنه لايستلزم تدخلا من الإنسان لاستعماله، ولأنه ظاهر بعلامة مادية هى النافذة . وارتفاق المجرى بأنابيـب غير ظاهرة هو ارتفاق مستمر غير ظاهر . وبالمثل فإن الارتفـاق غير المستمر قد يكون ظاهرا وقد يكون غير ظاهر كما رأينا بالنسبة لحق المرور [١].

٤٢٦ـ القسم الثالث :

الارتفاقات الإيجابية والارتفاقات السلبية :

حقوق الارتفاق الإيجابية هى تلك التى تمنح أصحابها الحق فى إجـراء أفعال على العقار المقررة عليه مما تدخل عادة ضمن حق المـالك فـى استعمال الشئ أو استغلاله ، مثل حق المرور ، وحق المرعى ، وحق اغتراف المياه .

أما حقوق الارتفاق السلبية فهى التى لاتسمح لأصحابها بإجراء أعمـال مباشرة ، بل تمنع مالك العقار المقررة عليه من الحق فى

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ٣٢١ .

إجراء بعض الأعمال ، مثل عدم فتح مناور أو مطلات على العقار المجاور ، أو عدم البناء ، أو عدم التعلية أكثر من ارتفاع معين .

وكل حقوق الارتفاق السلبية مستمرة وغير ظاهرة [١].

القسم الرابع :

الارتفاقات القانونية والارتفاقات الاتفاقية :

راجع بند (٤١٧) .

(١) محمد كامل مرسى ص ٤٠٩ ومابعدها- رمضان أبو السعود ص ٥٣٦.

مـــادة (١٠١٦)

١- حق الارتفاق يكسب بعمل قانونى أو بالميراث .

٢- ولايكســـب بالـــتقادم إلا الارتفاقات الظاهرة بما فيها حق المرور.

الشــــرح

٤٢٧- أسباب كسب حق الارتفاق :

أســـباب كسب حق الارتفاق هى أسباب كسب حق الملكية ، إلا أن يكـــون سبب كسب الملكية متعارضا مع طبيعة حق الارتفاق . فـــيخرج بذلـــك الالتصـــاق والشـــفعة ويبقى العمل القانونى (العقد والوصية) والميراث والتقادم [١].

ونعرض فيما يلى لهذه الأسباب .

٤٢٨- السبب الأول :

العقد والوصية :

ينشـــأ حق الارتفاق بالعقد والوصية . فالعقد والوصية تصرف منشـــئ للحق ابتداء وليس ناقلا له من شخص إلى آخر . والعقد هو الغالب فى إنشاء هذا الحق .

والعقد قد يكون معاوضة ، بيعا مثلا بمقتضاه ينشئ مالك العقار المـــرتفق بـــه علـــى عقاره حق ارتفاق لفائدة عقار آخر هو العقار

---

(١) مذكرة المشروع التمهيدى مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ٦ ص٦٢٨.

المرتفق فى مقابل مبلغ من النقود ، أو يكون مقايضة ، فبدلا من أن يحصل مالك العقار المرتفق به من مالك العقار المرتفق على الثمن، يـتفق معه على ترتيب حق ارتفاق على عقار الأخير لفائدة عقاره هو، كأن يرتب كل من المالكين حق مرور على عقاره لفائدة العقار الآخر . وقد يكون العقد وفاء بمقابل حيث يقبل الشخص ترتيب حق ارتفـاق علـى عقاره لفائدة عقار آخر وفاء لدين فى ذمته لصاحب العقار المرتفق .

وقـد ينشـأ حق الارتفاق عن طريق الاحتفاظ بهذا الحق ، كأن يبيع مالك عقاره لشخص ويحتفظ فى عقد البيع بحق ارتفاق يترتب على العقار المبيع لفائدة عقار آخر يملكه البائع .

ويصـح أن يكـون العقـد تـبرعا (هبة) فيحصل صاحب حق الارتفـاق علـى هذا الحق دون مقابل ، ويكون الشئ الموهوب هو حق الارتفاق .

أمـا الوصية فهى تصرف قانونى واحد لايتنوع ، وتصدر من الموصى وهو مالك العقار المرتفق به ، يرتب بموجبها حق ارتفاق على عقاره لفائدة عقار آخر هو العقار المرتفق ، ويكون مالك هذا العقار المرتفق هو الموصى له .

والتصـــرف القانونى – أيا كانت نوعه– ينشئ حق الارتفاق أيا كـــان نوعـــه، إيجابـــيا أو سلبيا ، مستمرا أو غير مستمر ، ظاهرا وغير ظاهر.

أما بعض الأسباب الأخرى لكسب حق الارتفاق (التقادم المكسب وتخصـــيص المالك الأصلى كما سنرى) فلا ينشئ إلا الارتفاقات الظاهرة الإيجابية .

غير أنه يراعى أن إنشاء حق الارتفاق بالعقد والوصية مقيد بأن يكون هذا الحق فى حدود القانون والنظام العام والآداب .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" الـــنص فـــى المادة ١٠١٦ من القانون المدنى على أن " حق الارتفاق يكسب بعمل قانونى أو الميراث " يدل على أن للأفراد أن يتفقواعلى إنشاء حقوق الارتفاق التى يختارونها سواء كانت إيجابية أم ســـلبية مـــع مـــراعاة أن تكون فى حدود القانون والنظام العام والآداب ".

(طعن رقم ٧٢٤ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٧/٥/١٠)

٤٢٩ـ الأحكام الشكلية للتصرف القانونى :

يجـــب مـــراعاة الأوضـــاع الشـــكلية التى يتطلبها القانون فى التصرف المنشئ لحق الارتفاق .

فـــإذا كان التصرف معاوضة كالبيع ، فإنه ينعقد بالتراضى ، إذ ليس لهذا التصرف شكل خاص .

وإذا كـــان التصرف هبة أو وصية تعين إفراغه فى الشكل الذى يتطلبه القانون .

٤٣٠ـ الأحكام الموضوعية للتصرف القانونى :

تسرى القواعد العامة على الأحكام الموضوعية التى يخضع لها التصرف القانونى المنشئ لحق الارتفاق .

فإذا كان التصرف معاوضة سرت أحكام المعاوضات، وإذا كان تبرعا سرت أحكام التبرعات .

فـــإذا كان التصرف معاوضة وجب أن يكون صادرا من مالك العقـــار المـــرتفق به أو من نائب عنه . فإذا لم يكن من صدر منه التصـــرف مالكـــا أو نائبا عن المالك فلا ينشأ حق الارتفاق إلا إذا توافـــرت شـــروط الاشتراط لمصلحة الغير (١)، كما يجب أن يكون المـــالك أهلا للتصرف وإذا كان العقد الذى رتب الارتفاق من عقود التبرع ، تعين أن يكون أهلا للتبرع .

ويجـــوز لمالك الرقبة أن يرتب على أرضه حق ارتفاق بشرط ألا يضار به صاحب حق الانتفاع .

---

(١) اسماعيل غانم ص ٣٢ .

ويجـوز ترتيـب حـق الارتفاق على عقار ترتبت عليه حقوق عينية أخرى ، كحق ارتفاق أو حق انتفاع أو حق رهن رسمى .

وفـى هـذه الحالـة لايجوز أن يضار أصحاب الحقوق العينية السابقة بحق الارتفاق الجديد ، إذا كانوا قد قاموا بشهر حقوقهم قبل شهر حق الارتفاق [١].

أمـا صاحب حق الانتفاع ، فقد ذهب رأى إلى أنه يجوز له أن يرتـب حـق ارتفـاق على العين ذاتها بحيث ينقضى بانقضاء حق الانتفاع . فتقرير ارتفاق مؤقت ليس إلا تصرفا فى منفعة الشئ مما يجوز للمنتفع القيام به [٢].

بينما ذهب الرأى الغالب إلى أنه لا يجوز للمنتفع أن يرتب حق ارتفاق لا على العقار لأنه لايملك رقبته ، ولا على حق الانتفاع لأن حـق الارتفاق إنما يترتب على الرقبة . وكل ما يملك هو أن يرتب فى ذمته التزاما شخصيا نحو مالك العقار الآخر [٣].

ونظـرا لأن حقـوق الارتفـاق لا ترد إلا على عقارات فيجب تسـجيل التصرفات القانونية المنشئة لها سواء كانت هذه التصرفات عقودا أو وصايا ، فإذا لم تسجل هذه التصرفات فإن حقوق الارتفاق

---

(١) السنهورى ص ١٧٦١ .

(٢) اسماعيل غانم ص ٣١ .

(٣) السنهورى ص ١٧٦١ – محمد كـامل مـرسى ص ٤١٦ – رمضان أبو السعود ص ٥٣٨ .

لاتنشأ لا فيما بين ذوى الشأن ، ولا بالنسبة للغير ، تطبيقا للمادة التاسعة من قانون تنظيم الشهر العقارى [١].

٤٣١ـ الارتفاق الذى يرتبه المالك على الشيوع :

ليس لأحد الشركاء على الشيوع أن يقرر ارتفاق على العقار الشائع من غير رضا سائر الشركاء . وإذا فعل فإنه لايجوز استعمال الارتفاق إلا إذا أجازه باقى الشركاء ، أو إذا حصلت القسمة، ووقع العقار المقرر عليه الارتفاق أو جزء منه فى نصيبه ، فيصح عندئذ استعمال حق الارتفاق على العقار أو على الجزء الذى اختص به . أى أن حق الارتفاق الذى يرتبه الشريك فى الملك على عقار شائع من غير رضا باقى الشركاء فى الملك يكون صحيحا كحق معلق على شرط ، ولاينتج أثره إلا بعد القسمة إذا وقع العقار المحمل بالارتفاق فى نصيب منشئه وبالقدر الذى يكون له ، فهو لاينقل الأجزاء التى تقع فى نصيب باقى الشركاء بموجب القسمة[٢].

---

(١) محمد لبيب ص ٤١٢- نبيل سعد ص ٢٦٨- محمد جمال الدين زكى ص ٦٤٣ .

(٢) محمد كامل مرسى ص ٤١٧ - السنهورى ص ١٧٦٠- رمضان أبو السعود ص ٥٣٨ .

٤٣٢ـ الارتفاق الذى يرتبه المالك تحت شرط :

للمـــالك تحت شرط فاسخ أو واقف أن يرتب حقوق الارتفاق ، ولكنها تكون معلقة على تحقق الشرط [١].

٤٣٣ـ الارتفاق الذى يرتبه مالك العقار المرهون :

يصح لمالك العقار المرهون أن يقدر على عقاره حق ارتفاق ، ولكن يجب ألا يضر ذلك بحقوق الدائنين المرتهنين .

٤٣٤ـ الأهلية اللازمة لترتيب حق الارتفاق :

إذا كـــان ترتيب حق الارتفاق قد تم معاوضة ، وجب أن يكون منشئ حق الارتفاق أهلا للتصرف ، وإذا ترتب حق الارتفاق تبرعا وجب أن تتوافر لديه أهلية التبرع [٢].

أما المنتفع بالارتفاق فيجب أن يكون مالكا للعقار المرتفق ولكن ليس من اللازم أن يكون أهلا للتصرف ، فيكفى توافر أهلية التعاقد، إلا إذا كان تلقى حق الارتفاق بعوض فتشترط فيه أهلية التصرف .

وبمـــا أن الارتفاق يزيد فى قيمة العقار المرتفق أو فى منفعته، فـــيجوز لناقصـــى الأهلية ولواضعى اليد حسنى النية أو سيئى النية إنشاء حقوق الارتفاق لعقارهم على غيره [٣].

---

(١) محمد كامل مرسى ص ٤١٧- السنهورى ص ١٧٦١.

(٢) محمد كامل مرسى ص ٤١٨ - السنهورى ص ١٧٦٠- محمود جمال الدين زكى ص ٦٤٣ .

(٣) محمد كامل مرسى ص ٤١٨ .

٤٣٥ـ السبب الثانى :
اكتساب حقوق الارتفاق بالتقادم المكسب :

رأيـــنا أن الفقرة الثانية من المادة ١٠١٦ مدنى تنص على أن : "ولايكســـب بالـــتقادم إلا الارتفاقات الظاهرة بما فيها حق المرور". فالارتفاقات التى تكسب بالتقادم هى الارتفاقات الظاهرة فقط بما فيها حق المرور، أما الارتفاقات غير الظاهرة فلا تكسب بالتقادم .

وقد أسلفنا أن الارتفاق غير الظاهر هو الارتفاق الذى ليست له علامـــة خارجـــية تـــنم عـــن وجوده ، وذلك كالارتفاق بعدم البناء وكالارتفـــاق بالمرور إذا لم يكن للطريق الذى يباشر فيه هذا الحق معالم ظاهرة (١).

---

(١) قصـــرت المجموعة المدنية الفرنسية إمكان كسب الارتفاق بالتقادم على حقوق الارتفاق الظاهرة المستمرة (مادة ٦٩١) . فلكى يكتسب الارتفاق بمضى المدة يلزم إذن أن يكون ظاهرا ومستمرا فى نفس الوقت .
ولا يستند هذا الحكم إلا على أسباب تاريخية ترجع إلى القانون الفرنسى القديم ، وأريد به تقرير حل وسط بين العرف الذى كان يجيز فى بعض المقاطعات كسب جميع الارتفاقات بالتقادم ، والعرف الذى كان يمنع فى مقاطعات أخرى ، كسب أى ارتفاق به .
وقد كان ذلك هدفا لنقد الفقه الفرنسى ، لأن الارتفاق غير المستمر كحق المـــرور يمكـــن أن يكون محلا لحيازة مستمرة ، كما أن الارتفاق غير الظاهـــر كحـــق الشرب يجوز أن يكون محلا لحيازة ظاهرة ، ومن ثم لايوجد ما يعوق قانونا كسب أيهما بالتقادم .

وعلـــى ذلك فالظهور فى حق الارتفاق يختلف عن الظهور فى الحـــيازة . فقد تكون حيازة الارتفاق ظاهرة بأن يباشر المرور علنا وأمام الكافة وبالذات فى مواجهة مالك العقار المرتفق به ، ومع ذلك يكـــون هذا الارتفاق بالمرور غير ظاهر إذا لم يكن للطريق معالم ظاهرة .

وينتقد معظم الفقهاء ما اشترطه المشرع من وجوب توافر شرط الظهـــور فـــى الارتفـــاق وأنه لايصح تعليل هذا الاشتراط بماورد بمذكرة المشروع التمهيدى من أنه :

"اشترط فى كسب حق الارتفاق بالتقادم أن يكون ظاهرا ، وذلك حتى لايشوب الحيازة عيب الخفاء " . فمثل هذا التعليل يخلط ما بين

ولم يتضمن التقنين المدنى القديم فى مصر قواعد خاصة لكسب حقوق الارتفاق بالتقادم . ومع ذلك ذهبت بعض الأحكام تأثرا بالقانون الفرنسى بأن حقوق الارتفاق التى يجوز تملكها بمضى المدة هى حقوق الارتفاق الظاهـــرة المستمرة . وبذلك لايمكن كسب حق المرور بالتقادم لأنه وإن كان ظاهرا إلا أنه غير مستمر .

غير أنه الرأى الراجح فى الفقه والقضاء لم يتقيد بحكم القانون الفرنسى وســـلم بخضـــوع جمـــيع حقوق الارتفاق للتقادم المكسب مادامت قابلة للحيازة ، كحق المرور . وسنرى فى المتن أن الشارع فى التقنين المدنى الجديد خرج على الحكم الذى أخذ به القانون الفرنسى تمشيا مع الراجح فى ظل التقنين القديم .

الظهــور فــى الارتفاق ومعناه فى الحيازة . فالارتفاق الظاهر هو الــذى تدل عليه علامة خارجية ، أما الحيازة الظاهرة ففيها يباشر الحائــز الأعمال المادية للحيازة على نحو تكون فيها ظاهرة للكافة. وبناء على ذلك فقد يكون حق الارتفاق غير ظاهر (لاتوجد علامة علــيه) ومــع ذلــك تكون حيازته ظاهرة ، فالارتفاق بالمرور قد لايمـ ـس فى طريق مخطط ولاتوجد علامة خارجية عليه ومع ذلك يكــون ظاهــرا غير خفى إذا كان الحائز يمر علنا على نحو ظاهر للكافــة . وبالتالى لايوجد ما يمنع من كسبه بالتقادم . ولكن يبدو أن المشــرع فى التقنين المدنى الجديد أراد ظهورا أوضح بالنسبة لحق الارتفاق ، بحيث يجب أن يكون من الظهور بدرجة كافية ولايكون ذلك إلا بوجود معالم ظاهرة له [١].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" وحيــث إن هذا النعى سديد، ذلك أن المادة ٨١٩ من القانون المدنــى تنص على أنه " (١) لايجوز للجار أن يكون له على جاره مطــل مواجــه على مسافة تقل عن متر ، وتقاس المسافة من ظهر الحائط الذى فيه المطل أو من حافة المشربة أو الخارجة . (٢) وإذا

---

(١) السنهورى ص ١٨١٦ .

كسب أحد بالتقادم الحق فى مطل مواجه لملك الجار على مسافة تقل عــن مــتر ، فلا يحق لهذا الجار أن يبنى على أقل من متر يقاس بالطريقة السابق بيانها وذلك على طول البناء الذى فتح فيه المطل". ممــا مفاده أن المطل إذا كان مفتوحا على مسافة أقل من متر وظل علــى هــذا الــنحو مدة خمس عشرة سنة وكانت الحيازة مستوفية لشرائطها وليست على سبيل التسامح فإن صاحب المطل يكسب حق ارتفــاق بــالمطل بالتقادم ويكون له الحق فى استبقاء مطله مفتوحا علــى أقــل مــن المسافة القانونية كما هو ، وليس لصاحب العقار المجــاور أن يعترض ، حتى لو كان المطل مفتوحا فى حائط مقام علــى الخط الفاصل بين العقارين بل ليس له فى هذه الحالة أن يقيم حائطــا فــى ملكــه إلا بعد أن يبتعد عن الخط الفاصل بمسافة متر وذلك حتى لايسد المطل المكتسب بالتقادم لما كان ذلك ، وكان حق الارتفــاق إذا توافر له شرطا الظهور والاستمرار بنية استعمال هذا الحــق جــاز كسبه بالتقادم إعمالا لما تنص عليه الفقرة الثانية من المادة ١٠١٦ من القانون المدنى ، ولما كان الواقع فى الدعوى أخذا مــن مدونات الحكم المطعون فيه أن الطاعن تمسك بدفاع مؤداه أن كسب حق المطل بالتقادم وطلب تحقيقه على النحو الوارد فى دفاعه، فــإن الحكــم المطعون فيه إذ طرح – دون تحقيق- هذا الوجه من

الدفاع على سند أنه جاء مرسلا ولا دليل عليه فى الأوراق وهو ما لايكفـــى بذاته للرد على هذا الدفاع الذى إن صح لتغير وجه الرأى فـــى الـــنزاع ، وهو ما يعيبه بالقصور فى التسبيب والإخلال بحق الدفاع ويوجب نقضه دون حاجة لبحث باقى أسباب الطعن على أن يكون مع النقض الإحالة " .

(طعن رقم ٢٩٧ لسنة ٦٦ ق جلسة ١٩٩٧/١٢/١٠)

٤٣٦ ـ كسـب حقـوق الارتـفـاق الظاهــرة المسـتمرة وغـير المستمرة بالتقادم :

إذا كـــان المشـــرع قد بين ما يمكن اكتسابه بالتقادم من حقوق الارتفـــاق ، وقصره على الارتفاقات الظاهرة ، فإنه قد خص منها حق المرور والواقع أن المشرع فى هذا الصدد يقصد أن يكون من الممكن كسب حقوق الارتفاق الظاهرة ، سواء كان الحق مستمرا أو غـــير مستمر ، ولما كان حق المرور مستمرا فقد حرص المشرع على تأكيد إمكان اكتسابه بالتقادم (١).

وهـــذا – كما أسلفنا– على خلاف التقنين المدنى الفرنسى الذى يوجب فى حق الارتفاق الذى يجوز كسبه بالتقادم أن يكون مستمرا.

---

(١) مذكرة المشروع التمهيدى مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٦ ص٦٢٨.

وعلـــى ذلك إذا فتح شخص فى حائط منزله مطلا على أقل من المســـافة القانونـــية ، وظل هذا المطل مفتوحا المدة اللازمة لكسبه بالتقادم ، فإنه يكسب ارتفاقا بالمطل .

فالارتفاق هنا ظاهر له علامات محددة وهو مستمر لايحتاج فى مباشرته لأعمال الإنسان ، ويحق لصاحبه الاحتفاظ به مفتوحا على أقــل من المسافة القانونية وليس لجاره المطالبة بسده ، بل إن أراد البناء فعليه الارتداد عن الخط الفاصل بين العقارين بمقدار المسافة القانونـــية حتى لايسد المطل الذى كسبه بالتقادم وحق المرور وهو ارتفـــاق غير مستمر لأنه يحتاج فى استعماله لعمل الإنسان ، يجوز اكتســـاب ملكيـــته بالتقادم. وغنى عن البيان أنه إذا كان لم يشترط استمرارحق الارتفاق أى وجوب تدخل عمل الإنسان فى استعماله ، فإن الاستمرار فى المعنى العام فى الحيازة واجب حتى يكسب حق المـــرور بالـــتقادم . فيجب أن يكون صاحب العقارالمرتفق مدواما على المرور فى العقار المرتفق به ، وفى الطريق المعد لذلك .

وإذا كـــان من الجائز كسب حق الارتفاق الظاهر بالتقادم ، فإنه من باب أولى يجوز أن يكسب بالتقادم أيضا طريقة استعماله . فإذا كســـب شخص ارتفاقا بالمطل على ملك جاره على أقل من المسافة القانونـــية فى حدود نافذة واحدة فى طابق معين ، فإنه إذا فتح نافذة أخـــرى بخـــلاف الأولـــى أو فى طابق آخر واستمر المدة اللازمة

للـــتقادم فإنـــه يكسب بالتقادم ما أدخله من تعديل على حق ارتفاقه الأصلى [١].

٤٣٧ـ الحيازة التى تكسب حق الارتفاق بالتقادم :

الحيازة التى تكسب حق الارتفاق بالتقادم هى ذات الحيازة التى تكسب حق الملكية بالتقادم .

وهذه الحيازة لها عنصران : عنصر مادى وعنصر معنوى .

والعنصـــر المـــادى يتحقق باستعمال حق الارتفاق عن طريق أعمـــال ماديـــة يقتضـــيها مضمون هذا الحق ، كالمرور فى أرض الجـــار فى الارتفاق المرور أو بفتح نافذة فى حائط على مسافة أقل من المسافة القانونية تطل على عقار جاره فى الارتفاق بالمطل .

ويجب أن تكون هذه الحيازة خالية من العيوب التى قد تشوبها، فـــلا يصح أن تقترن بإكراه أو أن تحصل خفية أو يكون فيها لبس، بمعـــنى أن تكون هذه الحيازة مستمرة ظاهرة هادئة غير غامضة . فإذا شابها أحد هذه العيوب لم يكن لها أثر قبل من وقع عليه الإكراه أو أخفيـــت عـــنه الحيازة أو التبس عليه أمرها إلا من الوقت الذى تزول فيه هذه العيوب (م٩٤٩/٢ مدنى) .

وقد سبق أن تناولنا ذلك تفصيلا فى شروط الحيازة .

---

(١) السنهورى ص ١٨٢٢ – رمضان أبو السعود ص ٥٤١ .

وقـد قدمنا أن هناك معنى خاصا لحق الارتفاق المستمر ولحق الارتفاق الظاهر ، وهذا المعنى غير مطلوب فى الشرطين العامين للاستمرار والظهور فى الحيازة . فقد تكون حيازة حق الارتفاق مستمرة مع أن حق الارتفاق نفسه غير مستمر ، والعبرة فى هذه الحالة باستمرار الحيازة . فإذا كانت الحيازة مستمرة بالمعنى العام، جاز كسب حق الارتفاق بالتقادم ، حتى لو كان هذا الحق غير مستمر بالمعنى الخاص . وكذلك الظهور فى الحيازة، غيره فى حق الارتفاق ، ولكنا هنا يطلب القانون الظهور بمعناه الخاص فى حق الارتفاق ، أى أن يكون لهذا الحق معالم ظاهرة ، حتى تؤدى الحيازة إلى كسب حق الارتفاق بالتقادم [١].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إذا كان المفهوم من الحكم أن النافذة التى قضى استئنافيا بتأييد الحكم الصادر بإعادة فتحها قد فتحها صاحبها فى الدور الأرضى من منزله على مسافة بضعة سنتيمترات فقط من نهاية ملك جاره ، وأنه فتحها فى فرصة تهدم سور الجار أمامها ، وأن الجار بعد ذلك قد أقام السور وزاد نصف متر فى ارتفاعه حتى حجب النافذة كلها ومنع مجال النظر أمامها عن أن يمتد إلى ما وراء السور كما كان من قبل ، فهذه الحالة لايصح وصفها بأنها

---

(١) السنهورى ص ١٨٢٣ وما بعدها .

وضع يد لو استطالت مدته لأكسبت صاحب اليد الحق الذى يدعيه . وذلــك لعــدم انتفاء الإبهام الذى يكتنفها من ناحية تصرف صاحب النافذة وقت فتحها وبعده ، ولعدم تحقق وصفى الهدوء وعدم النزاع من الجار ".

(طعن رقم ٣٥ لسنة ٦ ق جلسة ١٩٣٧/٣/١٨)

٢- " إن حقــوق الارتفــاق ، ومــنها حق الشرب ، إنما يجوز اكتســابه بالــتقادم إذا ما توافرت أركان وضع اليد المكسب للملكية المقررة بالمادة ٧٦ من القانون المدنى . فإذا قضت المحكمة باكتســاب حــق الشــرب بالتقادم وجب عليها أن تبين فى حكمها العناصــر الواقعية اللازمة لثبوته ، من وضع اليد وصفته ومظهره واســتمراره طــوال المدة المكسبة له ، حتى يتيسر لمحكمة النقض مراقــبة صــحة تطبيق القانون ، فإذا كان الحكم الذى قضى بثبوت ذلك الحق خاليا من بيان العناصر الواقعية التى تفيد أن مدعيه كان يســتعمل الفــتحة المتنازع عليها لرى أرضه من مياه الرى ، وأن اســتعماله لها فى هذا الغرض كان ظاهرا غير غامض ، ومستمرا مــدة خمــس عشــرة سنة ، فهذا يكون قصورا فى التسبيب يعيبه ويستوجب نقضه " .

(طعن رقم ٨ لسنة ١٥ ق جلسة ١٩٤٥/٥/٣١)

٣- " من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن حقوق الارتفاق ومنها حق المطل إنما يجوز اكتسابها بالتقادم إذا ما توافرت أركان وضع اليد المكسب للملكية المقرر بالمادة ٧٦ من القانون المدنى القديم والمادة ٩٦٨ من القانون المدنى الحالى ، فإذا قضت المحكمة باكتساب حق الارتفاق بالمطل وجب عليها أن تبين فى حكمها جميع العناصر الواقعية اللازمة لثبوته من وضع اليد ومظهره ومبدئه واستمراره طوال المدة المكسبة له حتى يتسنى لمحكمة النقض مراقبة صحة تطبيق القانون " .

(طعن رقم ٣١٩ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨١/١٢/٣١)

٤٣٨ـ يشترط ألا تقوم الحيازة على رخصة من المباحات :

رأينا – سلفا عند تناول الحيازة – أن الفقرة الأولى من المادة ٩٤٩ مدنى تقضى بألا تقوم الحيازة على عمل يأتيه شخص على أنه مجرد رخصة من المباحات ...... إلخ . وهذه القاعدة لها أهمية كبيرة على الخصوص فى موضوع حقوق الارتفاق ، فلا يمكن اكتساب حق ارتفاق إذا كان العمل الذى يأتيه الشخص مجرد رخصة من المباحات .

وقد رأينا أن العمل يكون مجرد رخصة من المباحات إذا كان عملا يقوم به الشخص لأنه من الأعمال التى يبيحها له القانون باعتبار أنها داخلة فى نطاق حقه ، ولايستطيع أحد منعه منها ،

ومن ثم لاتقوم الحيازة بإتيان هذه الرخصة لتخلف عنصريها المادى والمعـنوى ، وبهـذا تنتفى الحيازة لحق الارتفاق فمثلا لو فتح أحد المـلاك مـنورا على حافة ملكه بحيث كان هذا المنور يلاصق ما يعلـو أرض الجار . ثم أراد الجار أن يقيم البناء على حدود ملكه ، لـم يكن لصاحب المنور منعه من ذلك ، بمقولة إن فتح هذا المنور يعتـبر استعمالا لحق ارتفاق اكتسبه بمضى المدة لأن فتح المناور لـيس سوى استعمال لحق الملكية وليس فيه اعتداء على ملك الغير حتى يقال بتوافر حيازة لحق ارتفاق .

وكذلـك إذا كان مالك البناء يتمتع بالنظر إلى البحر أو إلى أى مـنظر جمـيل آخر عابرا بنظره أرضا فضاء مجاورة ، لم يكن له الحـق فى أن يدعى ، بعد مضى خمس عشرة سنة ، أنه قد اكتسب ارتفاقـا علـى هذه الأرض ، فيمنع صاحبها من البناء عليها حتى لايحجـب عـنه المـنظر لأن إطلاله على هذا المنظر لم يكن فيه اعتداء على ملك الغير بل مجرد استعمال لملكيته .

وقـد رأيـنا سـلفا أنه يجوز أن تنقلب الأعمال التى يستعملها الشخص بواسطة رخصة من المباحات ، إلى أعمال حيازة صحيحة تـتوافر فـيها عنصرا الحيازة المادى والمعنوى ، فتتغير صفة هذه الأعمـال ، فبعد أن كانت أعمالا لاتقوم بها الحيازة ، تصبح أعمالا لاتتم بها الحيازة فتصير صالحة لأن تؤدى إلى التقادم .

٤٣٩ـ يشــترط ألا تقــوم الحيازة عــلى عمل من أعمال التسامح :

رأيــنا ســلفا عند تناول الحيازة – أن الفقرة الأولى من المادة ٩٤٩ مدنــى تقضى بألا تقوم الحيازة على عمل يأتيه شخص على أنــه مجرد عمل يتحمله الغير على سبيل التسامح. فأعمال التسامح تتضمَن نوعا من المضايقة أو الاعتداء على حق الغير ، إلا أن هذه المضايقات قد أجازها الغير ضمنا حفظا لعلاقات حسن الجوار التى توجــد بين الجيران عادة . فالمصلحة الخاصة للجيران والمصلحة العامــة أيضــا توجبان على الجيران مراعاة قدر من التسامح فى علاقــتهم بعضــهم ببعض ، ولايجوز أن يترتب على هذا التسامح اكتســاب حق أو تحمل تكليف. والقول بخلاف ذلك يجعل علاقات الجوار علاقات خلاف وشغب مستمرين بشكل لايطاق .

فالحــيازة هــنا تكــون قد تجردت من عنصرها المعنوى وهو عنصر القصد . فمن يصرح لجاره بالمرور على أرضه رعاية منه لعلاقــة الجوار وآدابه ، أو من يترك جاره يفتح مطلا على أرضه الفضــاء دون مــراعاة المسافة القانونية ، وإنما يفعل ذلك تسامحا ورعايــة مــنه لــرابطة الجوار، ولذلك لايجوز أن يحتج عليه بعد مضى خمس عشرة سنة بتحول هذا التسامح إلى حق .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إن كل ما قصده الشارع من المادة ٣٩ من القانون المدنى إنمـــا هو تقييد حرية صاحب الأرض المعدة للبناءفى أن يقيم البناء علـــى نهايتها إذا كان يريد فتح مطلات له على ملك جاره . وهو لم يقصـــد بحـــال أن يجعل العقار المجاور خادما للعقار الذى فتح فيه المطل على المسافة القانونية من يوم فتحه بحيث يكون محملا بحق ارتفـــاق سلبى لايمكن معه لصاحب العقار أن يقيم بناء على حدود ملكه أو أن يسوره ويتصرف فى سوره بالهدم والبناء مرة بعد مرة وفـــى كـــل آن . وذلـــك لأن هذا الارتفاق السلبى ليس مما يكتسب بمضـــى المدة وإنما هو لايكون إلا بالاتفاق عليه . فالمطل لايعتبر ارتفاقا للعقار المطل على العقار المطل عليه متى كان مفتوحا على المسافة القانونية . أما فتح المطل على أقل من المسافة القانونية فهو أصلا من التصرفات التى يملكها كل مالك فى ملكه ، له نفعه وعليه خطـــره . ولابـــد لاعتباره مبدأ لوضع يد على حق ارتفاق بالمطل يكســـب بالتقادم ، من انتفاء مظنة العفو والفضل من جانب صاحب العقار المجاور انتفاء شبهة الاقتصار فى الانتفاع بالمطل على القدر الـــذى تـــركه فاتحه من ملكه بينه هو وجاره . وهذه الشبهة وتلك المظـــنة تتأكدان بإقامة سور فاصل بين الملكين ومن شأنه الحد من مجـــال النظر من المطل . فإذا فتح المالك فى ملكه نوافذ على أقل مـــن المسافة القانونية مع وجود سور للجار يقابلها ، فإنه مهما يكن فى هذا السور من فجوات تسمح بمد النظر على ملك الجار – إنما

يكــون مخاطرا فى فتحه هذه النوافذ من جهة لقصور عمله هذا فى الدلالـــة على معنى التعدى الذى هو شرط لازم لنشوء حالة وضع الـسيد بالمعنى القانونى على حق ارتفاق بالمطل يراد اكتسابه بمضى المدة على ملك الغير ومن جهة أخرى لوضوح الدلالة المستفادة من قـيام الســور على عدم تهاون صاحبه فى أن تطل على ملكه تلك الـنوافذ وعلــى احـتفاظه بحقه فى البناء على نهاية ملكه فى كل وقت. ولايرد على ذلك بأن صاحب السور بتراخيه فى ترميمه وسد فجواته قد أسقط حقه فى هذا الترميم . وأنه مكن الجار بامتناعه عن إجــرائه مــن اكتســاب حق عليه ، إذ حق المالك فى ترميم ملكه لايسقط بعدم الاستعمال ولايتقيد صاحبه فيه بغير اتفاق صريح" .

(طعن رقم ٣٥ لسنة ٦ ق جلسة ١٩٣٧/٣/١٨)

٢- " مــتى كـــان يبين من الأوراق أن الطاعن تمسك فى كافة مــراحل التقاضـــى بأن المطلات المشار إليها فى طعنه لايمكن أن تكتسب حق ارتفاق المطل والنور والهواء لأنها مفتوحة على أرض فضاء ومتروكة من طريق التسامح وأن التسامح لايكسب حقا وكان هــذا الدفـــاع من شأنه لو ثبت أن يتغير به وجه الرأى فى الدعوى وكـــان الحكــم خلــوا من التحدث عنه ، فإنه يكون قد شابه قصور يبطله فى هذا الخصوص ".

(طعن رقم ٣٥٩ لسنة ٢٠ ق جلسة ١٩٥٢/١٠/٣٠)

٣- " مفـــاد المـــادة ٨١٩ من القانون المدنى أن المطل إذا كان مفـتوحا علــى مسافة أقل من متر وظل على هذا النحو مدة خمس عشــرة سنة ، وكانت الحيازة مستوفية لشرائطها وليست على سبيل التســامح ، فـــإن صاحب المطل يكسب حق ارتفاق بالمطل بالتقادم ويكــون له الحـــق فـــى استبقاء مطله مفتوحا على أقل من المسافة القانونية كما هو وليس لصاحب العقار المجاور أن يعترض حتى لو كـــان المطل مفتوحا فى حائط مقام على الخط الفاصل بين العقارين بـــل ليس له فى هذه الحالة أن يقيم حائطا فى ملكه إلا بعد أن يبتعد عـــن الخـــط الفاصل بمسافة متر وذلك حتى لايسد المطل المكتسب بالـــتقادم . لمـــا كـــان ذلك وكان حق الارتفاق إذا توافر له شرطا الظهـــور والاســـتمرار بنـــية استعمال هذا الحق جاز كسبه بالتقادم إعمـــالا لمـــا تنص عليه الفقرة الثانية من المادة ١٠١٦ من القانون المدنـــى ، وكـــان يبين من تقارير خبراء الدعوى المقدمة صورها الرســـمية بـــأوراق الطعن والتى أخذت بها محكمة الموضوع . أن مطـــلات مـــنزل المطعون عليهم عبارة عن نوافذ بالجهة الشرقية بـــالطوابق الأرضى والمسروق والأول والثانى العلويين وأن تاريخ فتحها يرجع إلى مدة لاتقل عن تسع عشرة سنة وكان البين من حكم محكمـــة أول درجة الذى أخذ بتقريرى خبير الجدول ومكتب خبراء

وزارة العدل والمؤيد بالحكم المطعون فيه أن هناك حق ارتفاق بالمطل لعقار المطعون عليهم على عقار الطاعن قد اكتسب بالتقادم بعد أن توافرت شروطه إذ أن علامة هذا الحق الظاهرة هى تلك النوافذ المفتوحة على عقار الصاعن وكان الطاعن لم يتحد بأنه تمسك بهذا الدفاع أمام محكمة الموضوع بأن المطلات موضوع التداعى كانت على سبيل التسامح فإن النعى بما جاء بهذا الوجه يكون غير مقبول .

(طعن رقم ٤٩٠ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٠/١٢/٤)

وقد رأينا سلفا أنه يجوز أن تنقلب الأعمال التى التى يقوم بها الشخص على سبيل التسامح من الجار ، إلى أعمال حيازة صحيحة يتوافر فيها عنصرا الحيازة المادى والمعنوى . فتتغير صفة هذه الأعمال، فبعد أن كانت أعمالا لاتقوم بها الحيازة ، تصبح أعمالا تتم بها الحيازة فتصير صالحة لأن تؤدى إلى كسب الارتفاق بالتقادم.

٤٤٠ ـ مدة التقادم :

تنص الفقرة الثانية من المادة ١٠١٦ مدنى - كما رأينا - على أن : " ولايكسب بالتقادم إلا الارتفاقات الظاهرة ، بما فيها حق المرور" ولم تفرق بين اكتساب الارتفاقات الظاهرة بالتقادم المكسب الطويل أو التقادم المكسب القصير ، وبذلك يجوز اكتساب ملكية

حق الارتفاق الظاهر بالتقادم الطويل (خمس عشرة سنة) وبالتقادم القصير (التقادم الخمسى) إذا توافرت شروط كل منهما .

وهذا عكس الحال فى القانون المدنى الفرنسى حيث تنص المادة ٦٩٠ مدنى على أن حق الارتفاق يكسب بالحيازة المدة الطويلة .

وعلــى ذلــك تكــون المدة القانونية اللازمة لاكتساب الارتفاق بالــتقادم هى نفس المدة اللازمة لكسب الملكية ، فهى خمس عشرة سنة إذا لم يكن واضع اليد مستندا إلى سبب صحيح أو لم يكن حسن النية (م ٩٦٨) ، وهى خمس سنوات إذا كان له سند صحيح وكان حسن النية (٩٦٩).

فإذا كان العقار موقوفا فلا يكتسب حق الارتفاق عليه إلا بمضى ثلاث وثلاثين سنة (م ٩٧٠)[١].

٤٤١ـ السبب الثالث :

اكتساب ملكية حقوق الارتفاق بالميراث :

رأيــنا أن الفقرة الأولى من المادة ١٠١٦ مدنى تنص على أن حق الارتفاق يكسب بعمل قانونى أو بالميراث .

---

(١) عــبد المــنعم الــبدراوى ص ٢٢٩ ومابعدها – السنهورى ص ١٨٣١ ومابعدها .

ويـــرى الفقه أن ذكر الميراث ضمن أسباب ملكية حق الارتفاق عمـــل غـــير دقيق، لأن حق الارتفاق لاينتقل بالميراث استقلالا من شخص لآخر ، وإنما هو ينتقل مع العقار المرتفق باعتباره حقا تابعا لـــه ، ومـــن ثـــم فـــلا يرى سببا لتخصيص الإرث بالذكر من بين الأســـباب الناقلة للملك . ومن ثم فالواجب إذن قصر المادة ١٠١٦ على أسباب كسب حق الارتفاق ابتداء [١].

السـنهوري ص ١٧٥٥ ومابعدهـا – عـبد المنعم البدراوي ص ٣٢١ ومابعدها – محمود جمال الدين زكي ص ٦٤٢– نبيل سعد ص٢٦٨.

مـادة (١٠١٧)

١- يجـوز فـى الارتفاقات الظاهرة أن ترتب أيضا بتخصيص من المالك الأصلى.

٢- ويكـون هـناك تخصيص من المالك الأصلى إذا تبين بأى طـريق من طرق الإثبات أن مالك عقارين منفصلين قد أقام بينهما علامـة ظاهرة ، فأنشأ بذلك علاقة تبعية بينهما من شأنها أن تدل على وجود ارتفاق لو أن العقارين كانا مملوكين لملاك مختلفين ، ففـى هـذه الحالة إذا انتقل العقاران إلى أيدى ملاك مختلفين دون تغيير فى حالتهما ، عد الارتفاق مرتبا بين العقارين لهما وعليهما ما لم يكن ثمة شرط صريح يخالف ذلك .

الشـرح

٤٤٢ـ إنشـاء حق الارتفاق بتخصيص المالك الأصلى :

تـنص المـادة علـى طريقة خاصة تنفرد بها حقوق الارتفاق الظاهـرة ، إذ أجازت ترتيب حقوق الارتفاق الظاهرة بالتخصيص مـن جانب المالك الأصلى ، أو تخصيص رب الأسرة كما يسميها الشراح الفرنسيون .

وهــذه المادة مأخوذة عن نص المواد ٦٩٢ ، ٦٩٣، ٦٩٤ من المجموعة المدنية الفرنسية [١].

---

(١) الوضع فى ظل التقنين المدنى الملغى :

لــم يتضمن التقنين المدنى الملغى نصا على إنشاء الارتفاق عن طريق تخصيص المالك الأصلى .

وقد قضت إحدى المحاكم بأنه أمام سكوت القانون لايمكن الحكم بوجود ارتفــاق بالمطل مرتب بتخصيص رب الأسرة ، وأنه وإن كان القانون يجيز للقاضى اتباع ما تقضى به قواعد القانون الطبيعى وقواعد العدالة فإنـــه لا يمكــن أن يعتــبر من قواعد القانون الطبيعى ، ذلك الافتراض القـــانونى الخـــاص بتشريع أجنبى مع أنه مختلف فيه ، كما لايمكن أن تعتــبر قـــاعدة من قواعد العدالة تلك التى تخلق قرينة صارمة من غير مراعاة لظروف الأحوال المختلفة (استئناف مختلط ٧ يونية ١٩٠٠) .

ورأى معظـــم المحاكم الأهلية والمختلطة أنه لا يوجد قانونا ما يمنع من الأخذ بنظرية القانون الفرنسى، وتقرير حق الارتفاق المرتب بتخصيص رب الأســـرة إذا توافـــرت الشروط اللازمة لوجوده (استئناف مصر ٣ ديســمبر ١٩٣١ – اســتئناف مصر ١٧ ديسمبر ١٩٣١ – ميت غمر الجزئية ٣١ مايو ١٩٢٦ – مصر الابتدائية استئنافى ٢٢ نوفمبر ١٩٢٦).

وقد أخذت بهذا الرأى الغالب محكمة النقض إذ قضت بأن :

" إن المادة ٦١١ من القانون المدنى لم تكن توجب تسجيل العقود المقررة لحقــوق الارتفـــاق ، بـــل كانت تنص على تسجيل العقود المنشئة لتلك الحقوق . فإذا كان حق الارتفاق مرتبا من قبل بتخصيص رب الأسرة، ومنصوصــــا على وجوب احترامه فى عقد آخر مسجل تسجيلا كليا ، فالعقد الذى يجىء مقررا له لا يكون واجبا تسجيله ".

(طعن رقم ٨ لسنة ١١ ق جلسة ١٩٤١/٤/٢٤)

وتخصـــيص الارتفاق الظاهر من جانب المالك الأصلى أو رب الأسرة يفترض أن بين عقارين مملوكين لنفس الشخص علاقة تبعية ظاهرة بحيث لو لم يكن هذان العقاران مملوكين لنفس الشخص لقيل بـــأن لأحدهمـــا على الآخر حق ارتفاق . ومادام العقاران مملوكين لـــنفس الشـــخص فإنه لا يمكن القول بأن لأحدهما على الآخر حق ارتفـــاق ، لأن الإنســـان لا يجـــوز أن يكون له ارتفاق على عقار مملوك له .

ولكـــن هـــذا الوضع قد يؤدى فى يوم من الأيام إلى إنشاء حق ارتفاق إذا أصبح ، لأى سبب من الأسباب ، لكل من العقارين مالك يختلف عن مالك الآخر .

فلو فرض أن مالكا لبناءين متجاورين قام ، بقصد إدخال النور والهواء إلى أحد البناءين ، بفتح نافذة فى أحدهما مطلة على الآخر، ثـــم مات هذا المالك وجرت القسمة فى العقارين ، أو انتقلت ملكية أحدهمـــا لشـــخص آخر بناء على أى سبب من أسباب الملك ، ففى هذه الحالة يبقى هذا المطل لصالح العقار المستفيد منه ويكون حينئذ حـــق ارتفاق لصالحه . فنحن فى هذا المثال أمام حق ارتفاق مرتب بتخصيص من المالك الأصلى .

وإذا كـــان شخص يملك عقارين متجاورين ، فإنشأ على أحدهما منزلا ، وكان تنبع فى الآخر عين ، فأنشأ قناة فى هذا العقار يجرى فـــيها مـــاء العين إلى المنزل . فلا يوجد حق ارتفاق لمنفعة المنزل

مـــادام الشخص مالكا للعقارين . ولكن إذا انفصل العقاران بأن باع أحدهمـــا واحـــتفظ بالآخر ، أو مات وترك وارثين اقتسما التركة، فخــص كــل مــنهما عقـــار ، ففى هذه الحالة يوجد حق الارتفاق بتخصيص المالك الأصلى .

والقول فى هذه الصورة ومثيلاتها بوجود حق ارتفاق لصالح أحد العقارين على الآخر عند انفصالهما يحقق بدون شك غاية اقتصادية .

فيجب ألا يفضى تقسيم العقارات – وعلى الخصوص العقارات الزراعية – إلى تعطيل استغلالها أو إعاقة الانتفاع بها . ولن يتحقق هذا إلا إذا استمر هذا الاستغلال كما كان عندما كان العقاران فى يد نفس المالك .

وزيادة على هذا التبرير الاقتصادى فإن الشراح يجدون تبريرا قانونــيا لهـــذه الطريقة من طرق إنشاء حقوق الارتفاق . فيرون أو نشـــوء الارتفـــاق فى هذه الصورة يستند إلى الإرادة الضمنية أى الاتفـــاق الضمنى المؤكد لذوى الشأن وقت انفصال ملكية العقارين، علـــى إبقاء الحالة على الوجه الذى رتبه المالك الأصلى [1]. وهذا الاتفـــاق الضـــمنى ليس إلا عقدا ، وبالتالى فإن الارتفاق الذى ينشأ بتخصيص المالك الأصلى إنما ينشأ بمقتضى تصرف قانونى .

وهذا ما أخذت به محكمة النقض كما سنرى .

(أنظر البند التالى) .

---

(١) الســـنهورى ص ١٧٩٨ – عبد المنعم البدراوى ص ٣٣٧- محمد لبيب شنب ص ٤١٣ وما بعدها- محمود جمال الدين زكى ص ٦٥٣ ومابعدها.

ولذلـك يتـناول الشراح تخصيص المالك الأصلي للارتفاقات الظاهرة عند تناول التصرف القانوني لكسب حق الارتفاق .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

"٢- ويدخـل فـي الاتفـاق الضمني لكسب حق[1] الارتفاق ما يسمى بتخصيص المالك الأصلي" .

الشـروط الواجب توافرها لترتيب حق الارتفاق بتخصيص المالك الأصلي :

يشـترط لترتيب حق الارتفاق بتخصيص المالك الأصلي توافر الشروط الآتية :

٤٤٣ـ الشرط الأول :

وجود عقارين مملوكين لشخص واحد :

فـيكون المـالك الواحـد مالكـا لعقارين منفصلين : أرضين منفصلتين ، أو بنائين منفصلين ، أو أرض وبناء .

ويسـتوى أن يكون العقاران منفصلين من الأصل أو كانا عقارا واحـدا وحصلت تجزئته لأن علاقة التبعية كما يجوز أن تنشأ بين عقارين منفصلين يصح أن تنشأ بين جزئين من عقار واحد . وهذا ما يجب التسليم به [2].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٦ ص ٦٢٩.

(٢) عبد المنعم البدراوى ص ٣٣٩ – محمود جمال الدين زكي ص ٦٥٤.

ولايشـــترط أن يكـــون العقـــاران متلاصـــقين [١]، بل ليس من الضـــروري أن يكون هناك عقاران مستقلان منفصل كل منهما عن الآخر ، بل يصح أن ترتب حقوق الارتفاق بتخصيص المالك على أجـــزاء نفس العقار الواحد ، إذ أصبحت مملوكة لأكثر من مالك ، ولو أن النص لم يذكر إلا الارتفاقات المرتبة بتخصيص المالك على عقارين . لأن الظاهر أن الشارع اكتفى بذكر الحالة العادية ، أو أنه نظـــر إلـــى الوقـــت الذي يتجزأ فيه العقار الواحد فيصبح أكثر من عقـــار[٢]. فإذا كان شخص يملك أرضا زراعية واسعة ، وقد أنشأ في جانب منها مسقاة لري كل الأرض ، ثم باع الجزء من الأرض الـــذي لا توجـــد فيه المسقاة ، جاز للمشتري أن يتمسك بنشوء حق ارتفـــاق بالشـــرب للجـــزء الذي اشتراه مصدره تخصيص المالك الأصلي .

---

(١) وكانت المادة (١٢٩٠) من المشروع التمهيدي المقابلة للمادة (١٠١٨) تـــنص علـــى أن : " .... فإن هذه القيود تكون حقوق ارتفاق على هذا العقار لفائدة العقارات المجاورة ، هذا ما لم هناك اتفاق يقضي بغيره" . إلا أن لجـــنة القـــانون المدنـــي بمجلس الشيوخ رأت أن تستبدل بكلمة "المجـــاورة" عبارة " التي فرضت لمصلحتها هذه القيود " حتى لايقتصر الأمر على مجرد الجوار وإنما يتناول العقارات التي تقع في الحي الذي فرضت هذه القيود لمصلحته من حيث التنسيق أو الأوضاع الصحية وما إليها (مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ٦ ص ٦٣١ وما بعدها) .

(٢) محمـــد كـــامل مرسي ص ٤٢٩ وما بعدها – السنهوري ص ١٨٠٠– رمضان أبو السعود ص ٥٤٣.

٤٤٤ـ الشرط الثانى :

جعل أحد العقارين يخدم بالفعل العقار الآخر :

يعنى هذا الشرط أن ينشئ مالك العقارين حالة واقعية أو ترتيبا معيـنا من شأنه جعل أحد العقارين أو أحد جزئى العقار فى خدمة الآخر، فيحمل أحد العقارين عبئا لفائدة العقار الآخر .

أمـا إذا كان قصد المالك من ترتيب هذه الحالة الواقعية مجرد توفـير أسـباب الراحة لنفسه إشباعا لحاجات شخصية مؤقتة ، فلا يتحقق الشرط .

ولهذا قضت المحاكم الفرنسية بأنه لاينشأ حق ارتفاق بتخصيص رب الأسـرة إذا لجأ مالك منزلين متجاورين يسكنهما معا إلى فتح باب فى حائط بينهما بقصد تسهيل المرور من أحدهما إلى الآخر ، فإذا باع المنزلين منفصلين لم ينشأ لأحدهما على الآخر حق ارتفاق لمجرد وجود الباب [١].

وقاضـى الموضـوع هـو الذى يفصل دون رقابة من محكمة الـنقض فيما إذا كانت الحالة الواقعية قد قصد منها خدمة شخصية مؤقـتة للمالك أم قصد بها إخضاع أحد العقارين بشكل دائم لخدمة العقار الآخر [٢].

---

(١) نقـض فرنس ٧ مارس ١٨٦٧ مشار إليه بمؤلف عبد المنعم البداروى ص ٣٤٠هامش (١) .

(٢) السنهورى ص ١٨٠١ ومابعدها – رمضان أبو السعود ص ٥٤٣.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" مفاد ما نصت عليه المادة ١٠١٧ من القانون المدنى أن على مـــن يتمسك بأنه اكتسب حق ارتفاق بتخصيص المالك الأصلى أن يثبت أن العقار المملوك له والعقار الذى يدعى أنه اكتسب عليه حق ارتفـــاق كانا مملوكين لمالك واحد وأنه أثناء اجتماع ملكية العقارين أقـــام المالك الأصلى علاقة تبعية بينهما من شأنها أن تعتبر ارتفاقا ظاهـــرا لـــو أن العقاريـــن كانا مملوكين لملاك مختلفين ، وأن هذا العلاقة بين العقارين استمرت إلى ما بعد انفصال ملكيتهما " .

(طعن رقم ٦٩٩ لسنة ٤٧ ق جلسة ١٩٨١/١/١٥)

ويجـــب أن يكـــون المالك الأصلى للعقارين هو الذى أنشأ هذا التخصيص . فلا يكفى أن يكون هذا التخصيص من فعل المنتفع أو المحتكر أو المستأجر مثلا ، إلا إذا أقر المالك هذا العمل [1].

والحكمة فى ذلك أن الارتفاق المرتب بتخصيص المالك الأصلى إنما هو قائم على أساس أن العقارين قد ربط بينهما على نحو معين بشكل دائم . وإنشاء هذه الرابطة الدائمة لا يمكن أن يتم إلا بواسطة المالك [2].

---

(١) محمد كامل مرسى ص ٤٣٠- السنهورى ١٨٠٣- محمود جمال الدين زكى ص ٦٥٥ .

(٢) عبد المنعم البدراوى ص ٣٤٠ .

وإذا كان المالك قد تلقى العقارين بهما حق الارتفاق، واستبقى الارتفاق ، ترتب حق الارتفاق بالتخصيص .

وإذا لم يكن لمالك العقارين على أحدهما إلا حق قابل للفسخ أو الإبطال ، وفسخ الحق أو أبطل ، فإن حق الارتفاق لايوجد فى هذه الحالة ، لأنه بسبب الأثر الرجعى للفسخ أو الإبطال يعتبر العقاران أنهما لم يجتمعا معا فى يده [1].

وإذا كان الارتفاق قد أنشئ فى عقارين مملوكين على الشيوع ، ثـــم انقضى الشيوع بالقسمة فاختص كل من الشريكين بعقار ، فإنه إعمالا للأثر الرجعى للقسمة يكون كل منهما غير مالك العقار الذى يخـــتص به وقت إنشاء الارتفاق ، وبالتالى كأن العقارين لم يجتمعا فى يد مالك واحد .

٤٤٥ـ الشرط الثالث :

وجود علامة ظاهرة تدل على وجود الارتفاق :

تنص الفقرة الأولى من المادة ١٠١٧مدنى على أنه: " يجوز فى الارتفاقات الظاهرة أن ترتب أيضا بتخصيص من المالك الأصلى".

ومفاد هذا أن ترتيب حق الارتفاقات بتخصيص المالك الأصلى لاتكون إلا فى الارتفاقات الظاهرة .

---

(١) محمد كامل مرسى ص ٤٣٠ .

وعرفـــنا سلفا أن حقوق الارتفاقات الظاهرة، هى التى يكون لها مظهــر مـــادى خـــارجى يدل على وجودها أى علامة تدل عليها كالطريق فى حق المرور أو المجرى فى حق المسيل أو الصرف ، أو الـــنافذة فـــى حـــق المطـــل والحكمة فى قصر إنشاء الارتفاق بتخصيص المالك على الارتفاقات الظاهرة ، أن لها علامة خارجية ظاهـــرة تدل عليها ، أى أن إنشاء الارتفاق بهذه الطريقة إنما يقوم علـــى أساس افتراض الحالة الواقعية إلى حق ارتفاق عند انفصال ملكـــية العقاريـــن ، ولا يمكـــن القـــول بهذا الافتراض إلا إذا كان الارتفاق ظاهرا . وعلى ذلك لا يمكن أن ينشأ بهذه الطريقة ارتفاق عـــدم البـــناء أو ارتفـــاق عدم التعلية لكونهما من الارتفاقات غير الظاهرة [١].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

(أ)- " مفـــاد نص المادة ١٠١٧ من التقنين المدنى أن الارتفاق لاينشـــأ بتخصـــيص المالك الأصلى إلا إذا كان ارتفاقا ظاهرا بأن تكـــون له علامة خارجية ظاهرة تنم عن وجوده على سبيل الجزم واليقين ، وتعلن إعلانا محققا لايحتمل الشك على أن المالك الأصلى أنشأ علاقة تبعية بين العقارين على وجه دائم ومستقر وأن تبقى هذه العلاقـــة قائمة حتى وقت انفصال العقارين . وإذا كان مجرد وجود ممر بين عقارى الطاعن والمطعون ضده لايتحقق به شرط الظهور

---

(١) محمد كامل مرسى ص ٤٣٢ – عبد المنعم البدراوى ص ٣٤٠.

الـــذى اســـتلزمه القـــانون حتى ولو كان هذا الارتفاق قد بوشر فى علانـــية من سكان عقار المطعون ضده بإذن المالك الأصلى ، لأن العلامـــة المادية الظاهرة والماثلة وقت انتقال العقار المرتفق به إلى مالكـــه هى الطريق الوحيد الذى اختاره المشرع للتدليل على وجود الارتفاق الظاهر . وإذ كانت هذه العلامة يجب أن تظهر فى العقار المـــرتفق أو العقار المرتفق به حيث يتحدد نطاق استعمال الارتفاق ولايجوز استخلاص هذا الارتفاق من وجود علامة فى عقار ثالث، فإن الحكم المطعون فيه بتقريره أن لعقار المطعون ضده حق ارتفاق بالمرور على ممر النزاع استنادا إلى الأسباب التى أوردها يكون قد خالف القانون ".

(طعن رقم ٢٨١ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧٢/٤/٨)

٢-" وجـــود بـــربخ فى باطن أرض الممر- حتى بفرض أن له صـــلة بعقـــار المطعون ضده لايعتبر علامة ظاهرة فى حكم المادة ١٠١٧ مـــن القانون المدنى ، لأن وجود أنابيب أو مواسير مدفونة فـــى باطن الأرض ولايراها الناس ، وليس لها أى مظهر خارجى لايعتبر ارتفاقا ظاهرا ، ولايمكن ترتيبه بتخصيص المالك الأصلى. وإذ كـــان ذلـــك فـــإن الحكم بقضائه بوجود ارتفاق باستعمال باطن الممر لعقار المطعون ضده يكون قد خالف القانون " .

(طعن رقم ٢٨١ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧٢/٤/٨)

ويجـب أن تظل العلامة الظاهرة التى تدل على وجود الارتفاق إلـى الوقـت الذى ينشأ فيه حق الارتفاق قانونا بأن يتملك العقارين مالكان مختلفان ، لأن حق الارتفاق بتخصيص المالك الأصلى يقوم – كما ذكرنا سلفا – على أساس أن هناك اتفاقا ضمنيا بين المالكين للعقارين على إنشاء هذا الحق ، وأن العلامة الظاهرة على الوضع الفعلـى الذى ترتب عليه حق الارتفاق هى الشاهدة على وجود هذا الارتفاق الضمنى [١].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " حـق الارتفـاق بتخصـيص المالك الأصلى – وعلى ما يستفاد من نص المادة ١٠١٧ من القانون المدنى – لاينشأ فى وقت تملك المالك الأصلى للعقارين . وجعله أحدهما يخدم الآخر. وإقامته بينهما علامة ظاهرة من شأنها أن تنشئ علاقة تبعية بينهما ، وإنما ينشـأ هـذا الحـق من وقت أن يصبح العقاران مملوكين لمالكين مختلفيـن مع بقائهما على هذا الوضع ، إذ فى استيفاء المالكين لهذا الوضع ما يدل على أنهما أرادا أن يبرز حق الارتفاق إلى الوجود. وقـد كـان كامنا ويعطله عن الظهور أن العقارين مملوكان لمالك واحـد، أمـا وقد أصبحا مملوكين لمالكين مختلفين فلم يعد هناك ما

---

(١) السنهورى ص١٨٠٦.

يمـــنع من ظهوره ، ولايشترط لنشوئه أن يكون لازما لزوما حتميا للعقار المخدوم ".

(طعن رقم ١٢٨ لسنة ٤٠ ق جلسة ١٩٧٥/١/٨)

٢- " مـــتى كـــان الحكم المطعون فيه قد استخلص من أوراق الدعـــوى أن والـــد المطعـــون ضـــده باعتباره مالكا أصليا قد أقام المنزليـــن، وتـــرك أرضا فضاء منحصرة بينهما محدودة بمبانيهما ومـــبانى الغير ، ولاتوجد وسيلة للوصول إليها إلا من داخل هذين المنزليـــن . وأنـــه ثبـــت مـــن معاينة الخبير وجود مطلات بمنزل المطعـــون ضـــده على تلك الأرض فيكون المالك قد خصص تلك الأرض لمـــنفعة هذيـــن المنزلين وأنشأ بها علاقة تبعية بينهما تدل على وجود حق ارتفاق لو أن العقارين كانا مملوكين لملاك مختلفين وهـــو اســـتخلاص سائغ ومقبول . فإنه يكون قد طبق القانون على وجهه الصحيح ، ولايغير من ذلك كون إنشاء منزل المطعون ضده وفـــتح المطـــلات فيه على الأرض المجاورة سابقا على تملك والده لـــتلك الأرض وبنائه منزل الطاعن عليها ، لأن فتح المطلات على الأرض فـــى مذهـــب الحكم ليس هو العلامة الظاهرة التى أنشأ بها المـــالك الأصلى علاقة التبعية بين العقارين وإنما العلامة الظاهرة التى عناها الحكم هى ترك جزء من الأرض محصورا بين المنزلين مـــع بقاء مطلات فى منزل المطعون ضده تقع عليه ، وهذا الوضع

تـم فـى وقت تملك والد المطعون ضده للعقارين ، وعندما اختلف المـلاك بتصـرف والـد المطعون ضده فى منزل الأخير استبقى المالكان ذلك الوضع فبرز حق الارتفاق " .

(طعن رقم ١٢٨ لسنة ٤٠ ق جلسة ١٩٧٥/١/٨)

٣- " مـتى كانت الطاعنة - شركة المطاحن- قد تمسكت أمام محكمـة الاسـتئناف بأن للمطحن حق ارتفاق بالصرف فى أرض المطعـون عليهم ، وأن هذا الحق هو من تخصيص المالك الأصلى - المطعـون علـيه الأول- وقت أن كانت الأرض والمطحن على ملكـه، وأن هـذا الحق يعد طبقا للمادة ١٠١٧ من القانون المدنى مرتبا للمطحن على أرض المطعون عليهم بعد انتقال ملكيته بالتأميم إلـى مؤسسـة المطاحن فى سنة ١٩٦٢، ولما كان ما أورده الحكم المطعـون فيه ليس من شأنه أن يؤدى إلى النتيجة التى انتهى إليها وهـى نفى وجود حق الارتفاق - إذ أن انكار المطعون عليهم لهذا الحـق أو عدم تمسك الطاعنة به أمام محكمة أول درجة لايفيد فى ذاتـه عـدم وجود هذا الحق ، وإذا اكتفى الحكم بهذا القول فى نفى قيام حق الارتفاق المذكور دون أن يعنى بتحقيقه ، فإنه يكون معيبا بالفساد فى الاستدلال والقصور فى التسبيب ".

(طعن رقم ٣٨٩ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٦/١١١/٩)

٤- " علاقــة التبعية التى ينشئها المالك بين العقارين تدل عليها واقعــة مادية أجاز المشروع إثباتها بأى طريق من طرق الإثبات- هــى إقامة المالك الأصلى للعقارين علامة ظاهرة تنبئ فى وضوح عــن أن أحد العقارين يخدم الآخر ، بحيث تبدو هذه التبعية مؤدية تأديــة تامة للمهمة الاقتصادية للارتفاق الذى لم يبرز وجوده قانونا بســبب اتحــاد المــالك فإذا كان من أقام العلامة الظاهرة ليس هو المالك للعقارين فإن استبقاء الأخير للوضع الفعلى القائم كما هو بعد أن تلقــاه قائمــا يــتحقق به قيام التبعية بين العقارين ليخدم أحدهما الآخــر ، تلــك العلامــة التى لاتشكل فى حد ذاتها ارتفاقا بالمعنى القــانونى المنصــوص عليه فى المادة ١٠١٥ مدنى من حيث كونه مرتــبا على عقار لفائدة عقار غيره يملكه شخص آخر وإنما تظل فــى أداء مهمــته إلــى أن ينشأ من الناحية القانونية عندما يصبح مملوكين لمالكين مختلفين مع بقائهما على حالهما وذلك على أساس أن العلامة الظاهرة الدالة على تبعية العقارين كانت ماثلة أمام مالك العقــار المــرتفق به فلم يبد اعتراضا عليها مما يعد رضاء ضمنيا بنشــوء حــق ارتفاق على عقاره ، وهو لايشترط لنشوئه أن يكون لازما لزوما ضمنيا للعقار المخدوم ".

(طعن رقم ٤٣١ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٧٨/١٢/١٣)

٥- " مـن المقـرر قانونا أن الوقف هو حبس العين على حكم ملك الله تعالى فلا يملكها أحد من العباد ، وناظر الوقف هو صاحب الولايـة علـيه المفوض فى القيام بمصالحه واستغلاله على أصلح وجـه ، وأنـه وحـده - فـى نطاق هذه الولاية وعدم وجود مالك للوقف- الذى يمثل جهة الوقف ومصلحة كل من أعيانه فإذا اقتضى حسـن الاسـتغلال وضـع عقار من عقاراته فى خدمة عقار آخر وإقامة علامة ظاهرة تدل على ذلك فإن ناظر الوقف وحده هو الذى يملك إقامتها دون أن يكون ذلك تقرير لحق ارتفاق بل إقامة العلامة بيـن العقاريـن ينشـأ بها علاقة التبعية بينهما ويكون ذلك بمثابة التخصـيص من المالك للعقارين المنصوص عليه فى المادة ١٠١٧ مدنـى، وإذ كـان الثابت من تقريرى الخبيرين المنتدبين أمام لجنة القسـمة ومحكمة أول درجة وجود ممر أسفل العقار (....) يوصل إلى مدخل العقار (....) ووجود علامات ظاهرة تنبئ عن تخصيص هـذا الممـر للدخول للعقار الأخير منذ مدة سابقة على سنة ١٩٣٦ إبان اجتماع ملكيتهما للوقف وأن هذا الوضع الفعلى ظل قائما من بعـد إلغـاء الوقـف الأهلى فى سنة ١٩٥٢ وأيلولة ملكية أعيانه للمسـتحقين فاستبقوه قائما كما هو حتى انتقلت ملكية أحد العقارين للطاعـن والآخـر للمطعـون ضده دون تغيير فى حالتهما ، فإن الارتفـاق بالمرور يكون قد نشأ لصالح عقار المطعون ضده على

عقــار الطاعــن دون أن يعــوق نشــوءه وجود مدخل آخر للعقار المخدوم ".

(طعن رقم ٤٣١ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٧٨/١٢/١٣)

٤٤٦ـ الشرط الرابع :

صيرورة العقارين مملوكين لمالكين مختلفين :

لاينشــأ حــق الارتفاق بتخصيص المالك الأصلى إلا إذا صار العقاران مملوكين لمالكين مختلفين . لأن علاقة التبعية التى أوجدها المــالك بيــن العقارين لاتشكل ارتفاقا بالمعنى القانوني لما يتطلبه القانون فى الارتفاق من أن يكون مرتبا على عقار لفائدة عقار آخر يملكه شخص آخر ، والارتفاق يقوم على اتفاق ضمنى بين المالكين وقــت صــيرورة العقارين مملوكين لمالكين مختلفين على نحو ما أوضحنا سلفا .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" مفــاد نــص المادة ١٠١٧ من التقنين المدنى – التى عرفت الارتفــاق الــذى يترتب بتخصيص من المالك الأصلى– أن علاقة التبعــية الــتى أوجدها المالك بين العقارين لا تشكل ارتفاقا بالمعنى القانونى إلا عندما يصبح العقاران مملوكين لشخصين مختلفين ومنذ هذا الوقت فقط . أما قبل ذلك فإن هذه العلاقة وإن كانت تقوم فعلا إلا أنها لاتعتبر ارتفاقا وذلك لما يتطلبه القانون فى الارتفاق من أن

يكـــون مرتبا على عقـــار لفائـــدة عقار غيره يملكه شخص آخـــر (م١٠١٥ مدنى) " .

(طعن رقم ٢٧٨ لسنة ٣١ ق جلسة ١٩٦٥/١٢/٣٠)

ويقع انفصال ملكية العقارين بأسباب شتى :

ومثل ذلك :

١- تصرف المالك فى أحد العقارين ، أو فى أحد جزئى العقار معاوضة كالبيع أو المقايضة ، أو تبرعا كالهبة والوصية .

٢- نـــزع ملكـــية أحـــد العقارين جبرا للمنفعة العامة أو بيعه بالمزاد الجبرى وفاء لدين فى ذمة المالك الأصلى .

٣- موت المالك وقسمة العقارين بين الورثة .

ولايحـــتاج هـــذا الارتفاق لنشوئه إلى تسجيل ، لأنه يقوم على واقعة مادية هى إقامة العلامة المادية بين العقارين[١] .

٤٤٧ـ الشرط الخامس :

عدم وجود شرط صريح يستبعد وجود الارتفاق :

بعـــد أن نصـــت المـــادة ١٠١٧ على ترتيب المالك الأصلى لحق الارتفاق أردفت فى عجزها " ما لم يكن ثمة شرط صريح يخالف ذلك ".

فيجـــب ألا يوجـــد فى السند الذى حصل الانفصال بمقتضاه ما يخـــالف القرينة القانونية لوجود الارتفاق ، لأن هذه القرينة لاتوجد

---

(١) محمد كامل مرسى ص ٤٣٣ وما بعدها - محمد لبيب شنب ص ٤١٥.

إذا ثبـت أن قصـد المتعاقديـن يخالف وجودها ، إذ أن السبب فى تقرير الارتفاق هو افتراض القصد (١).

وتنـتفى هذه القرينة بوجود شرط صريح فى السند الذى حصل الانفصـال فـى الملكية بمقتضاه ، على إنهاء الحالة الواقعية التى كانت قائمة بين العقارين .

فـإذا كـان السند الذى أدى إلى الفصل بين العقارين من حيث الملكية كالبيع أو القسمة أو الهبة لم يذكر شيئا عن الأعمال التى قام بها المالك السابق ، والتى من شأنها أن تعد ارتفاقا ، أو أنه ذكر أن تلك الأعمال تعد ارتفاقا لأحد العقارين على الآخر اعتبرت كذلك .

أما إذا تبين من السند المذكور أن المشترى مثلا لأحد العقارين، لـيس له أى حق على تلك الأعمال التى من شأنها أن تكون ارتفاقا، فلا يعتبر ما قام به المالك السابق ارتفاقا .

ولكن يتعين فى هذه الحالة أن يكون الشرط الذى يتعلق بهذا فى السـند الـذى يفصل بين العقارين ، شرطا صريحا ، أى يتعين أن يذكـر الطرفان صراحة أنهما لايريدا الإبقاء على علاقة التبعية بين العقارين(٢) .

---

(١) محمد كامل مرسى ص ٤٣٣ ومابعدها – عبد المنعم البدراوى ٣٤١.

(٢) توفـيق فـرج ص ٤١٠ – محمود جمال الدين زكى ص ٦٥٣– محمد لبيب شنب ص ٤١٥ .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " تقضـــى المـــادة ١٠١٧ من القانون المدنى بأن الارتفاق الـــذى يترتـــب بتخصيص المالك الأصلى يعتبر بعد انفصال ملكية العقارين مرتبا بينهما لهما وعليهما ما لم يوجد شرط صريح يخالف ذلك – والمقصود بالشرط الصريح أن يذكر الطرفان صراحة أنهما لايريدان الإبقاء على علاقة التبعية القائمة بين العقارين ومن ثم فإن تضـــمين عقد بيع أحد العقارين أن البائع يضمن خلو العقار المبيع من كافة الحقوق العينية أصلية كانت أو تبعية وظاهرة وخفية – هذا الـــنص لايعتبر شرطا صريحا بالمعنى المقصود فى المادة ١٠١٧ سالف الذكر " .

(طعن رقم ٢٧٨ لسنة ٣١ ق جلسة ١٩٦٥/١٢/٣٠)

٢- " تقضـــى المـــادة ١٠١٧ من القانون المدنى بأن على من يتمسك بأنه اكتسب حق ارتفاق بتخصيص المالك الأصلى أن يثبت أن العقـــار المملـــوك له والعقـــار الذى يدعى أنه اكتسب عليه حق ارتفـــاق كانا مملوكين لمالك واحد وأنه أثناء اجتماع ملكية العقارين أقـــام المالك الأصلى علاقة تبعيه بينهما من شأنها أن تعتبر ارتفاقا ظاهرا لو أن العقارين كانا مملوكين لملاك مختلفين وأن هذه العلاقة بيـــن العقاريـــن اســـتمرت إلى ما بعد انفصال ملكيتهما وذلك ما لم

يتضـــمن التصرف الذى ترتب عليه انفصال ملكية العقارين شرطا صريحا يخالف ذلك " .

(طعن رقم ٢٦٩ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٧/٢/٧)

٣- " حق الارتفاق بتخصيص المالك الأصلى إنما ينشأ بموجب اتفاق ضمنى بين المالكين المختلفين للعقارين منذ أن أصبح العقاران مملوكيــن لمالكين مختلفين ، فيخرج حق الارتفاق إلى الوجود بعد انقضاء ملكية المالك الأصلى ويبقى ثابتا لمصلحة العقار المرتفق ، ولاينفــيه إلا أن يتضـــمن الســند ، الذى ترتب عليه انفصال ملكية العقارين ، شرطا صريحا مخالفا لبقاء الارتفاق " .

(طعن رقم ٥١٦ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٧٠/٦/٢)

٤- " مــن المقرر أن حق الارتفاق بتخصيص المالك الأصلى يخرج إلى الوجود طبقاً لنص المادة ١٠١٧ من القانون المدنى- بعد انقضـــاء ملكية المالك الأصلى للعقارين الخادم والمخدوم وأيلولتهما إلى مالكين مختلفين ويبقى تابعاً لمصلحة العقار المرتفق ولاينفيه إلا أن يتضـــمن الســند الذى ترتب عليه انقضاء ملكية المالك الأصلى للعقاريــن شرطا صريحا مخالفا لبقاء الارتفاق ، كما أن نطاق هذا الارتفاق يتحدد بالتخصيص الذى وقع عليه هذا الاتفاق الضمنى بين المالكين إذ أنه بمثابة السند الذى يبين مدى الارتفاق برسم حدوده" .

(طعن رقم ٨٠١ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٨١/٥/٥)

٤٤٨ ـ إثبات توافر شروط إنشاء الارتفاق بتخصيص المالك الأصلي :

يقع عبء إثبات توافر شروط إنشاء الارتفاق بتخصيص المالك الأصلى على صاحب المصلحة الذى يتمسك بهذا الارتفاق . وله إثبات ذلك بجميع الطرق القانونية ، بما فى ذلك البينة والقرائن .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" تقضى المادة ١٠١٧ من القانون المدنى بأن على من يتمسك بأنه اكتسب حق ارتفاق بتخصيص المالك الأصلى أن يثبت أن العقار المملوك له والعقار الذى يدعى أنه اكتسب عليه حق ارتفاق كانا مملوكين لمالك واحد وأنه أثناء اجتماع ملكية العقارين أقام المالك الأصلى علاقة تبعية بينهما من شأنها أن تعتبر ارتفاقا ظاهرا لو أن العقارين كانا مملوكين لملاك مختلفين وأن هذه العلاقة بين العقارين استمرت إلى ما بعد انفصال ملكيتهما وذلك مالم يتضمن التصرف الذى ترتب عليه انفصال ملكية العقارين شرطا صريحا يخالف ذلك " .

(طعن رقم ٢٦٩ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٧/٢/٧)

(راجع أيضا طعن رقم ٦٩٩ لسنة ٤٧ ق جلسة ١٩٨١/١/١٥)

مـــادة (١٠١٨)

١- إذا فرضت قيود معينة تحد من حق مالك العقار فى البناء علـيه كـيف شـاء ، كأن يمنع من تجاوز حد معين فى الارتفاع بالبناء أو فى مساحة رقعته ، فإن هذه القيود تكون حقوق ارتفاق علـى هـذا العقـار لفـائدة العقارات التى فرضت لمصلحتها هذه القيود. هذا ما لم يكن هناك اتفاق يقضى بغيره .

٢- وكـل مخالفة لهذه القيود تجوز المطالبة بإصلاحها عينا ، ومـع ذلك يجوز الاقتصار على الحكم بالتعويض إذا رأت المحكمة ما يبرر ذلك .

الشـــرح

٤٤٩ـ قيود البناء الاتفاقية :

تـنص المـادة على قيود البناء الاتفاقية ، وهى قيود ذائعة فى بـيوع الأراضـى المقسـمة التى تقوم بها شركات بيع الأراضى ، وكذلـك فى بيوع الحكومة لأراضيها فى بعض الأحياء المتميزة . قاصـدة مـن ذلك إنشاء أحياء سكنية على مستوى معين، كالسكن الـراقى ، أو فـى نظـام معين ، لقصره على المساكن العائلية أو الفيلات .

وتتضـمن عادة عدم التجاوز بالبناء عن ارتفاع معين ، أو عدم البـناء فى الأرض إلا على جزء معين ، أو البعد عن حافة الشارع

مسافة معينة ، أو أن يراعى شروطا صحية معينة فى بناء المطابخ ومحلات الغسيل والمراحيض والمواسير المتصلة بها .

ونظرا لخلو التقنين المدنى القديم مـــن نص مماثل لنص المادة (١٠١٨) فقـــد ثار الخلاف فى ظله على تكييف مثل هذه الاتفاقات والشـــروط . إلا أن محكمة النقض حسمت هذا الخلاف . واعتبرت هذه القيود حقوق ارتفاق[١] .

---

(١) **فقد قضت بأن :**

١- " اشـــترى شـــخص قطعة أرض من أملاك الحكومة بجهة الزمالك بالشـــروط المعروفة التى وضعتها هى لذلك ثم باع هذا الشخص القطعة إلى شخص آخر بموجب عقد تعهد فيه باحترام الاشتراطات المدونة بعقد البـــيع الأصـــلى الصـــادر مـــن الحكومة مقرا بمعرفتها تمام المعرفة ، ووصـــفت هـــذه الشـــروط فى عقد البيع الصادر له بأنها حقوق ارتفاق وقيود. ثم أقام على هذه القطعة دكاكين . فرفعت مصلحة الأملاك دعوى عليه طلبت فيها الحكم بإلزامه بإقفال تلك الدكاكين، لما فى هذا البناء من مخالفـــة لشروط البيع الصادر منها إلى المشترى الأول ، فقضى برفض هـــذه الدعوى على اعتبار أن الالتزام الوارد فى عقد البيع بالامتناع عن عمل دكاكين على العين المبيعة إنما هو التزام شخصى صادر لمصلحة الحكومـــة مـــن المشترى الأول فلا يربط غيره ممن آلت إليه ملكية هذه القطعـــة ، وأنه حتى مع التسليم بأن هذا العقد ينص على تقرير ارتفاق فإن الحكومة تنازلت عنه بتقريرها عوائد مبان على الدكاكين وتحصيلها فعلا .

ومحكمـــة النقض قالت إن القيود والشرائط الواردة بعقد البيع الأصلى- وقد وصفت فى عقد الشراء الثانى بأنها حقوق ارتفاق وقيود – كان لابد

مــن اعتبارها مقررة لتكاليف مستمرة ينطبق عليها نص المادة ٣٠ من القانون المدنى . فتجاهل الحكم هذا الذى تدون بالعقد وإغفاله الأخذ به ، مــع وجوبه لعدم المنازعة فى معناه ، فيه مخالفة للاتفاق ولنص المادة ٣٠ المذكــورة . أمــا عده ربط العوائد على الدكاكين المطلوب إغلاقها تــنازلا مـــن الحكومة عن حقوقها المشروطة فخطأ كذلك ، إذ التنازل لايكون صحيحا إلا إذا صدر ممن يملكه ، وفقا لنص المادة ١٨٠ مدنى، ومصـــلحة الأموال المقررة المنوط بها ربط العوائد وتحصيلها ليس من وظيفـــتها الـــتعرض لعقود تمليك الممولين ، ولا شأن لها بما اتفق عليه العاقدون " .

(طعن رقم ٨٩ لسنة ٢ ق جلسة ١٩٣٣/٢/٩)

٢- " إذا كانـــت المحكمة قد بنت تكييفها للقيود والشروط التى قيدت بها الملكـــية فـــى الحى الذى أوجدته شركة جزيرة نيل لاند بالزمالك بأنها حقـــوق ارتفاق متبادلة ، ورتبت ذلك على ما ثبت لها من أن تلك القيود كانـــت معلومـــة لجميع المشترين لأراضى هذا الحى ومشترطة عليهم جمـــيعا فى عقود الشراء المشهرة بالتسجيل ، وأنها تسرى على الخلف سريانها على السلف فى التعاقد ، وأنه لولاها لما رضيت الشركة ولا من اشـــتروا منها بالبيع ، وأن للشركة ولهؤلاء البائعين الحق فى أن يلزموا المشـــترى وخلفاءه باحترامها بكل دقة وإلا كان الجزاء الهدم حالا بدون تعويض ، فإنها لا تكون مخطئة . إذ بموجب ما ذكرته تكون كل قطعة مبـــيعة مـــن أراضـــى الشركة مرتفقا بها لمنفعة مجموع القطع . وذلك تحقـــيقا للغرض المقصود من تقرير هذه التكاليف المستمرة على جميع الأراضى المبيعة وهو إنشاء حى خاص تتوافر فيه لجميع سكانه أسباب الراحة والهدوء والتمتع بالشمس والهواء " .

(طعن رقم ٧٠ لسنة ١٢ ق جلسة ١٩٤٣/٤/٢٢)

٣- " لـــيس ثمـــة ما يمنع قانونا أن يكون سبب التزام المتعاقد فى عقد موجـــودا فـــى الـــتزام يفرضـــه عقد آخر لصالحه ولصالح غيره من

المتعاقديــن مع الشركة وخلفائها فى هذا الحى ، مادامت هذه الالتزامات معلومة لهم جميعا وقت التعاقد والتزموا بها جميعا فى عقودهم، فإن كل مشــتر منهم فى الواقع لم يقبل أن يقيد أرضه . بما قيدها بها من حقوق الارتفاق إلا لأن المشترين الآخرين قيدوا أراضيهم هم أيضا بذلك ومن ثم يكون السبب فى التزام هذا المشترى بما تعهد به فى عقده مع الشركة أو خلفائهــا هو التزام الآخرين بترتيب ارتفاقات لأرضه على أراضيهم فى عقودهم مع الشركة أيضا أو خلفائها بقصد إنشاء الحى الممتاز الذى ينشده كل واحد منهم " .

(طعن رقم ٧٠ لسنة ١٢ ق جلسة ١٩٤٣/٤/٢٢)

٤- " إذا كــان الحكــم المطعون فيه قد استعرض الشروط الواردة بعقد البــيع الأصــلى الصادر من الشركة المطعون عليها وما نص عليه فى قائمة الشروط الملحقة به من وجوب ترك منطقة فضاء تغرس بالنباتات بعــرض ســتة أمتار ومن أن هذا القيد يعتبر حق ارتفاق مثقل بقطعة الأرض المبــيعة وأنه فى حالة مخالفة المشترى لهذا القيد يكون للشركة الحــق فى هدم ما يجريه المشترى فى هذه المنطقة الممنوع فيها البناء ، ثم أشار الحكم إلى أن الشارع فيما استحدثه من نصوص بالمادة ١٠١٨ مــن القــانون المدنى الجديد قد أقر اعتبار هذه القيود التى تحد من حق المالك فى البناء حقوق ارتفاق ، فإن هذا الذى قرره الحكم المطعون فيه لايفــيد أنه قد طبق القانون الجديد على واقعة الدعوى – وإنما يدل على أن القــانون الجديــد قــد تلاقى مع القانون القديم فى تكييف هذه القيود والاشــتراطات ، ومن ثم يكون النعى عليه بالخطأ فى تطبيق القانون – لإعمالــه أحكام القانون المدنى الجديد على نزاع نشأ عن تعاقد أبرم قبل العمل به – فى غير محله " .

(طعن رقم ٢٨٠ لسنة ٢٥ ق جلسة ١٩٦٠/٢/٢٥)

وقــد قننت المادة (١٠١٨) ما جرى عليه قضاء محكمة النقض فى ظل القانون القديم . فيجب تفسير الشروط المتضمنة لأمثال هذه القــيود على أنها منشئة لحقوق ارتفاق لفائدة العقارات التى فرضت لمصــلحتها . وقــد تكون هذه الشروط مفرغة فى قالب الاشتراط لمصلحة الغير . كل هذا ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك .

وعلــى ذلــك تكون كل قطعة محملة بحقوق ارتفاق لفائدة كل قطعــة من القطع الأخرى ، وأصبح لها فى الوقت ذاته نفس حقوق الارتفاق على كل قطعة من هذه القطع .

فيمكن القول أيضا بأن البائع قد اشترط على كل مشتر باعت له قطعة من الأرض لمصلحة جميع الذين سبقوه والذين سيتلونه حقوق الارتفاق التى تضمنتها هذه الاشتراطات .

ولســنا بعد ذلك فى حاجة إلى نظرية الاستخلاف للقول بوجوب احترام هذه القيود بواسطة كل خلف خاص [١].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" تعتبر قيود البناء هذه حقوق ارتفاق لفائدة العقارات المجاورة. وقــد تكون مفرغة فى قالب الاشتراط لمصلحة الغير . ومهما يكن من أمر فإن لأصحاب العقارات المجاورة أن يطالبوا صاحب العقار المــرتفق بـــه بهــذا الحق . وفى هذا تبسيط للموضوع دون حاجة

---

(١) السنهورى ص ١٧٨٩- البدراوى ص ٣٢٦ .

للالـــتجاء إلـــى نظرية الاستخلاف ، فيما إذا كيفت هذه القيود بأنه التزامات شخصية تنتقل إلى الخلف الخاص "[١].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " تـــنص المـــادة ١٠١٨ من القانون المدنى على أنه " إذا فرضـــت قيود معينة تحد من حق مالك العقار فى البناء عليه كيف شـــاء كـــأن يمـــنع من تجاوز حد معين فى الارتفاع بالبناء أو فى مســـاحة رقعته فإن هذه القيود تكون حقوق ارتفاق على هذا العقار لفـــائدة العقـــارات الـــتى فرضت لمصلحتها هذه القيود وبهذا جعل المشـــرع لأصحاب العقارات المقررة لفائدتها حقوق الارتفاق التى من هذا النوع أن يطالبوا بها صاحب العقار المرتفق به دون حاجة للالتجاء إلى أحكام الاشتراط لمصلحة الغير أو لنظرية الاستخلاف. فـــإذا كان الثابت بعقد البيع المسجل الصادر من المالك الأصلى أنه قد نص فيه على أن يترك المشترى على نهاية الحد البحرى للمبيع مســـاحة فضـــاء يتعهد بعدم البناء عليها كما تعهد البائع بأن يترك مساحة أخرى ملاصقة لها بغير بناء لتكون المساحتان طريقا خاصا لهما ولأى مشتر آخر للأرض المبيعة أو لجزء من باقى العقار ملك الـــبائع ، فـــإن هـــذا النص صريح فى إنشاء حق ارتفاق على هذه المســـاحة لمصـــلحة العقار المبيع ولمصلحة العقار الآخر المملوك

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ٦ ص ٦٣١ .

للـــبائع ويكـــون لهذه العقارات جميعا ارتفاق بالمرور على الطريق محـــل الـــنزاع كما يكون لك مشتر لقطعة فيها ولمن يخلفه ومهما تعاقـــب هؤلاء الخلفاء أن يطالب أى مشتر آخر وخلفاءه بتنفيذ ذلك الارتفـــاق ومنع ما يحول دون الانتفاع به إذ أن كل قطعة تنتقل من مشـــتر إلـــى آخر محملة بحق الارتفاق لفائدة أية قطعة أخرى وفى الوقـــت نفســـه بما لها من هذا الحق بمعنى أن كل عقار منها يعتبر مرتفقا ومرتفقا به فى الوقت ذاته .

(طعن رقم ٤٠٣ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٨/٥/٩)

٢- " الـــنص فـــى الفقرة الأولى من المادة ١٠١٨ من القانون المدنـــى على أن " إذا فرضت قيود معينة تحد من حق مالك العقار فـــى البـــناء علـــيه كـــيف شاء، كأن يمنع من تجاوز حد معين فى الارتفـــاع بالبناء أو فى مساحة رقعته، فإن هذه القيود تكون حقوق ارتفاق على هذا العقار لفائدة العقارات التى فرضت لمصلحتها هذه القيود" – يدل على أن هذه القيود لاتمثل التزامات شخصية ترد فى عقـــود البيع ، وإنما هى حقوق ارتفاق عينية تتبع العقار وتنتقل معه إلـــى كـــل من آلت إليه ملكيته ، باعتبارها مقررة لتكاليف مستمرة ينطبق عليها النص ، ومن ثم فإن العقار ذاته ينتقل محملاً بما له أو علـــيه من حقوق الارتفاق المقررة على العقارات الأخرى وبالتالى فحســـب الحكم أن يستقى من مصدر صحيح فى أوراق الدعوى أن

العقاريـــن المــرتفق والمرتفق به محملان بتلك الحقوق مهما تعدد البائعون أو المشترون " .

(طعن رقم ٤٣٤٧ لسنة ٦٨ ق جلسة ١٩٩٩/١١/٣٠- لم ينشر بعد)

٣- " إذ كـــان البيـــن من الحكم المطعون فيه أنه استخلص من تقريـــر الخبـــيرة المندوبة فى الدعوى أن شركة المعادى – المالكة الأصـــلية لقطعـــة الأرض التى أقام عليها الطاعن البناء موضوع النزاع- ضمنت عقد البيع الصادر منها قيداً يمنع من تجاوز ارتفاع البـــناء خمســـة عشر متراً بما يعادل أربعة طوابق ، وأن الطاعن خالف هذا القيد، وإذ كان هذا الاستخلاص سائغاً له أصل ثابت فى الأوراق ، فإن النعى بهذا الوجه (القصور فى التسبيب) يكون على غير أساس " .

(طعن رقم ٤٣٤٧ لسنة ٦٨ ق جلسة ١٩٩٩/١١/٣٠- لم ينشر بعد)

٤٥٠ـ جزاء مخالفة القيود الاتفاقية للبناء :

تـــنص الفقرة الثانية من المادة ١٠١٨ على أن : " وكل مخالفة لهـــذه القـــيود تجـــوز المطالـــبة بإصلاحها عينا ، ومع ذلك يجوز الاقتصار على الحكم بالتعويض إذا رأت المحكمة ما يبرر ذلك ".

وهـــذا الـــنص هـــو المطبق فى نطاق الحقوق الشخصية والتى نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٢٠٣ بقولها :

" على أنه إذا كان فى التنفيذ العينى إرهاق للمدين ، جاز له أن يقتصــر علــى دفــع تعويض نقدى . إذا كان ذلك لايلحق بالدائن ضررا جسيما " .

فيجوز لأى مشترى مطالبة المشترى الذى خالف القيود الاتفاقية للبناء بتنفيذ هذه القيود عينا . وذلك بطلب إزالة البناء المخالف على نفقة المشترى المخالف . وبالتعويض إن كان له مقتض.

غــير أنــه قد يترتب على التنفيذ العينى إرهاق صاحب العقار المرتفق به ، كما إذا كان البناء ضخما قد تكلف نفقات كثيرة وكانت المخالفة يسيره – لم ينجم عنها ضرر كبير . فيجوز فى هذه الحالة الاكــتفاء بالــتعويض إذا وجــد القاضــى أن هذا جزاء عادل فيه الكفاية[١].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" والأصل المطالبة بتنفيذ هذه القيود عينا ، ولكن قد يترتب على ذلــك إرهــاق صاحب العقار المرتفق به ، إذا طلب منه إزالة بناء ضــخم أقامــه مخالفــا لما فرض عليه من القيود . فيجوز فى هذه الحالــة الاكتفاء بالتعويض إذا وجد القاضى أن هذا جزاء عادل فيه الكفاية . وقد سبق أن قرر المشروع (م٢٧٩) هذه القاعدة فى تنفيذ

---

(١) محمد كامل مرسى ص ٤٨٩ .

الالـــتزام إذا كـــان فـــى التنفيذ العينى إرهاق للمدين ، والآن ينتقل المشروع بالقاعدة من دائرة الحق العينى " [١].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إذا كان الحكم المطعون فيه قد قضى بإلزام الطاعن بإزالة المــبانى الــتى اســتحدثها فى المنطقة المحظورة البناء عليها فإنه لايجــدى تمســكه بنص الفقرة الثانية من المادة ١٠١٨ من القانون المدنى الجديد طالما أن هذا النص يجعل الحكم بالإزالة أو التعويض أمرا تقديريا لمحكمة الموضوع " .

(طعن رقم ٨٢٠ لسنة ٢٥ ق جلسة ١٩٦٠/٢/٢٥)

٢- " إذا كان الحكم المطعون فيه قد قرر أن الطاعن لايناله من الحكــم بالإزالــة إرهــاق أو ضرر جسيم فإن هذا يفيد أن الشركة المطعون عليها لم تكن متعسفة فى طلب الإزالة " .

(طعن رقم ٨٢٠ لسنة ٢٥ ق جلسة ١٩٦٠/٢/٢٥)

٣- " لايجــيز القــانون الحكم بالتعويض طبقا للفقرة الثانية من المــادة ١٠١٨ من القانونى المدنى إلا فى الأحوال التى يجوز فيها المطالــبة بإصلاح الضرر الناتج عن مخالفة القيود المفرضة عينا والــتى تــرى فــيها المحكمة أن فى الحكم بالإصلاح عينا إرهاقا لصاحب العقار المرتفق به - وإذ كان الحكم المطعون فيه قد انتهى

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ٦ ص ٦٣١ .

إلى أنه لاحق للطاعنين فى طلب الإصلاح عينا لتنازلهما وغيرهما من أصحاب العقارات التى فرضت لمصلحتها تلك القيود عنها فإن رفض طلب التعويض لا يكون مخالفا للقانون " .

(طعن رقم ١٣٣ لسنة ٢٦ ق جلسة ١٩٦٢/١/٢٥) (١)

٣- " مفـــاد نـــص المادة ١/١٠١٨ ، ٢ من القانون المدنى أن القانون وقد اعتبر قيود البناء الاتفاقية حقوق ارتفاق ، جعل لمالكى العقـــارات المـــرتفقة أن يطالـــبوا بتنفـــيذها عينا عن طريق طلب الإصـــلاح العينى للمخالفة غير أن المشرع رأى أنه قد يترتب على ذلك إرهاق صاحب العقار المرتفق به إذا طلب منه إزالة بناء ضخم أقامـــة مخالفـــا لمـــا فرض عليه من القيود ، فأجاز فى هذه الحالة الاكـــتفاء بالتعويض إذا وجد القاضى أن هذا جزاء عادل فيه الكفاية وذلـــك على غرار ما قرره المشرع فى المادة ٢٠٣ فى شأن تنفيذ الالـــتزام إذا كـــان فـــى التنفـــيذ العينى إرهاق للمدين . ومتى كان المشرع قد جعل الحكم بالتعويض بديلا عن الحكم بالإصلاح العينى

---

(١) كما قضى هذا الحكم بأن :

" التمســـك بـــأن قـــيود البناء الواردة فى عقد البيع الصادر من الشركة المطعـــون علـــيها يعتبر من شروط الإذعان التى لاسبيل للمشترى عند توقـــيعه إلى المناقشة فيها ، لايصح التحدى به لأول مرة محكمة النقض مادام أنه لم يسبق طرحه من قبل أمام محكمة الموضوع ".

(طعن رقم ٢٨٠ لسنة ٢٥ ق جلسة ١٩٦٠/٢/٢٥)

للمخالفــة فإن القضاء بالتعويض لا يكون إلا حيث يطالب صاحب العقار المرتفق مالك العقار المرتفق به بهذا الإصلاح العينى أما إذا رفعــت الدعوى ابتداء من مالك العقار المرتفق به بطلب تمكينه من إقامة بناء مخالف لما فرض عليه من القيود أو تكملة هذا البناء فلا يكــون للقاضــى أن يصرح له بذلك مقابل تعويض يدفعه لأصحاب العقارات المقررة هذه القيود لمصلحتها مادام هم قد تمسكوا بوجوب احترامها باعتبارها حقوق ارتفاق تبادلية وذلك لما ينطوى عليه هذا القضــاء مــن تصريح بارتكاب مخالفة لما تقع أو باستعمال مخالفة بــدئ فيها ، ولم يقصد المشرع من إيراد حكم المادة ١٠١٨/٢ من القانون المدنى تخويل القاضى الحق فى مخالفة حقوق الارتفاق هذه وإنمــا كل ما قصده هو عدم إرهاق مالك العقار المرتفق به بإزالة المــبانى المخالفــة لمــا فرض عليه من قيود فى حالة وقوع هذه المخالفــة فعــلا قبل أن يرفع الأمر إلى القاضى فإذا لم تطلب هذه الإزالة فلا يكون هناك محل للحكم ببديلها وهو التعويض " .

(طعن رقم ٢١٩ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٨/٢/٢٩)

٤- " مفــاد نــص الفقــرة الثانية من المادة ١٠١٨ من القانون المدنــى أن القــانون قــد جعــل الحكم بالتعويض بديلا عن الحكم بالإصــلاح العينى – عند مخالفة أحد الملاك لقيود البناء الاتفاقية- فــى الأحــوال التى تجوز فيها المطالبة بإصلاح المخالفات عينا ،

والتى ترى فيها المحكمة أن فى ذلك ارهاقا لصاحب العقار المرتفق بـــه المـــالك المخالف – ففى هذه الأحوال يجوز للمحكمة الاكتفاء بالحكم بالتعويض " .

(طعن رقم ١٣٠ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٦/٥/٢٥)

٤٥١ـ هل يجوز الإعفاء من القيود الاتفاقية للبناء ؟

لايجـــوز للـــبائع إعفاء مشتريا دون الباقين من القيود الاتفاقية للبـــناء كلها أو بعضها ، وإن جاز ذلك بموافقة باقى المشترين. ذلك بـــأن كـــل قطعة أصبحت مقررا لها أو عليها حقوق الارتفاق التى تتضمنها هذه الشروط .

غـــير أنه ليس فى القانون ما يمنع التنازل عن حقوق الارتفاق هذه ممن يملك التنازل عنها، سواء كان التنازل صريحا أوضمنيا . ويكون هذا التنازل صحيحا .

وإذا خـــالف هـــذه القيود أغلب المشترين أصبح صاحب العقار المـــرتفق بـــه فى حل من الالتزام بها لانتفاء سبب هذا الالتزام أو الحكمة منه .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " لـــيس فى القانون ما يمنع التنازل عن قيود البناء الاتفاقية المقـــررة لمنفعة كافة العقارات فى منطقة معينة ممن يملك التنازل عنها سواء كان هذا التنازل صريحا أو ضمنيا إذ لم يشترط القانون

لتحققه صورة معينة فمتى استخلصت محكمة الموضوع هذا التنازل ولـــو كـــان ضمنياً استخلاصاً سائغا من وقائع تؤدى إليه فلا معقب على حكمها فى ذلك لتعلقه بأمر موضوعى " .

(طعن رقم ١٣٣ لسنة ٢٦ ق جلسة ١٩٦٢/١/٢٥)

٢- " تعتـــبر قـــيود البناء الاتفاقية حقوق ارتفاق متبادلة مقررة لفـــائدة جمـــيع العقارات التى تقام فى حى معين إذ يترتب عليها أن تصبح كل قطعة من الأرض مرتفقا بها لمنفعة جميع القطع الأخرى التى فى نفس الحى بحيث إذا خالفها بعض الملاك أصبح الآخرون فى حل من الالتزام بها لانتفاء سبب هذا الالتزام أو الحكمة منه " .

(طعن رقم ١٣٣ لسنة ٢٦ ق جلسة ١٩٦٢/١/٢٥)

٣- " يجوز التنازل عن حقوق الارتفاق ، وقد يكون هذا التنازل صـــريحا أو ضـــمنيا والقانون لايشترط لتحققه صورة معينة ، فإذا كان الثابت بتقريرات الحكم المطعون فيه أن الشركة الطاعنة أقامت دعواهـــا بالتعويض والإزالة تأسيسا على أن قيود البناء الواردة فى شـــروط البـــيع هى حقوق ارتفاق عينية مقررة على قطعة الأرض محـــل عقـــد المطعـــون علـــيه لمـــنفعة باقى القطع فى المنطقة ، واســـتخلص الحكـــم تـــنازل الطاعنة الضمنى عن حقوق الارتفاق المقـــررة على عقار المطعون عليه بشروط البيع من تجاوزها عن مخالفات كثيرة لقيود البناء المقررة على العقارات الأخرى بالمنطقة

ومـــن تنازل الجيران الملاصقين لعقار المطعون عليه صراحة عن هــذه الحقــوق . فإن استخلاص الحكم للتنازل على هذا النحو هو استخلاص سائغ تؤدى مقدماته إلى النتيجة التى انتهى إليها ويترتب عليه أن يصبح المطعون عليه فى حل من الالتزام بحقوق الارتفاق المقــررة علـــى عقـــاره لانـــتفاء سبب هذا الالتزام والحكمة منه . ولاعـــبرة فـــى هـــذا الخصوص بالأسباب التى دعت الشركة إلى التنازل لبعض الملاك عن هذه الارتفاقات ".

(طعن رقم ١٠٢ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٧/١١/١٤)

٤- " نص المادة ١٠١٨ من القانون المدنى فى فقرتها الأولى، يدل على أن قيود البناء الاتفاقية التى تدرج عادة فى بيوع الأراضى المقســمة وتلزم المشترين لهذه الأراضى بالبناء على مساحة محددة وعلـــى نمط معين أو بعدم تجاوز ارتفاع محدد أو غير ذلك ، تكون منشئة لحقوق ارتفاق متبادلة لفائدة جميع العقارات ، ما لم يقم الدليل على أن الطرفين قصدا إلى غير ذلك ، ويكون لأصحاب العقارات المقــررة لهـــا هـــذه الحقوق أن يطالبوا صاحب العقار المرتفق به بالالتزام بها، ولايجوز باتفاق بين البائع وأحد المشترين دون موافقة الـــباقى الإعفاء منها كلها أو بعضها إلا أنه إذا ما ألف أغلب ملاك الأراضـــى مخالفـــة تلك القيود ودرجوا على ذلك ، أصبح صاحب العقار المرتفق به فى حل من الالتزام بها لانتفاء سبب الالتزام" .

٥- " إذ كـــان الثابت من تقرير الخبير - الذى استند إليه الحكم المطعــون فــيه - أن قطـــع الأرض الخاضعة للتقسيم تبلغ تسعة وسبعين قطعة خالف أصحاب أربعة عشرة منها شروط التقسيم بعدم تـــركهم المســـافات المقررة مع إقامة دكاكين ، كما خالف أصحاب ســـت منها الارتفاع المسموح به ، وأن نسبة المخالفين للقيود خمسة وعشـــرين فـــى المائـــة وهو عدد قليل بالنسبة لمن لم يخالف قيود التقسيم ، وإذ استخلص الحكم أن غالبية الملاك لم تتنازل عن القيود الاتفاقية المذكورة وأن من حقها التمسك بها قبل من خالفها وأن من خالفهـــا لايعـــدو أن يكون عددا ضئيلا ، وأن المطعون عليه - أحد الملاك - لم يتنازل عنها صراحة أو ضمنا ، وهو استخلاص سائغ مـــن وقائع تؤدى إليه ولا معقب عليه لتعلقه بأمر موضوعى ، لما كـــان ذلـــك وكان الحكم قد انتهى إلى أن للمطعون عليه وهو ممن الـــتزم بقـــيود التقسيم الحق فى مطالبة الطاعن- وهو جار ملاصق أخـــل بشروط التقسيم - بالتنفيذ العينى أو التعويض، فإن لايكون قد أخطأ فى تطبيق القانون ".

(طعن رقم ١٣٠ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٦/٥/٢٥)

٦- " من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن قيود البناء الاتفاقية تعتـــبر حقوق ارتفاق متبادلة مقررة لفائدة جميع العقارات التى تقام فـــى حـــى معيـــن إذ يترتب عليها أن تصبح كل قطعة من الأرض

مرتفقا بها لمنفعة جميع القطع الأخرى التى فى نفس الحى بحيث إذا خالفها بعض الملاك أصبح الآخرون فى حل من الالتزام بها لانتفاء سبب هذه الالتزام أو الحكمة منه ".

(طعن رقم ٢٣٠ لسنة ٥٢ ق جلسة ١٩٨٣/١/٢٧)

٧- " مفـــاد نص المادة ١٠١٨ من القانون المدنى يدل – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- على أن قيود البناء الاتفاقية التى تـــدرج عـــادة فـــى بيوع الأراضى المقسمة وتلزم المشترين لهذه الاراضى بالبناء فى مساحة محددة وعلى خط معين أو بعدم تجاوز ارتفاع محددا أو غير ذلك تكون منشئة لحقوق ارتفاق متبادلة لفائدة جمـــيع العقـــارات ولايجوز باتفاق بين البائع وأحد المشترين دون موافقـــة الباقيـــن الإعفاء منها كلها أو بعضها ، إلا أنه إذا ما ألف أغلـــب ملاك الأراضى مخالفة تلك القيود ودرجوا على ذلك أصبح صـــاحب العقـــار المرتفق به فى حل من الالتزام بها لانتفاء سبب الالـــتزام وإذ كان الطاعن أقام بناء تجاوز فيه الارتفاع المتفق عليه بقائمـــة شـــروط البيع وكان الخبير أثبت فى محاضر أعماله وجود حالات مماثلة فى المخالفة وقريبة من عقار النزاع لم تتخذ الشركة المطعـــون ضدها قبل معظمها أية إجراءات ولم يمحص الحكم أثر هـــذه المخالفـــات علـــى طلـــب الإزالة ولم يبين ما إذا كانت تلك المخالفـــات تشـــكل عرفا فى الخروج على قيود البناء الاتفاقية من

عدمه بحيث يكون الطرف الآخر في حل من الالتزام بها من عدمه. وقضى رغم ذلك بإلزام الطاعن بإزالة المخالفة دون أن يفصح عن سبب الإلزام فإن هذا القضاء يكون معيبا بالقصور" .

(طعن رقم ١٧٧٥ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩٥/٤/٢٦)

٨- " وحيث إن هذا النعي في محله ، ذلك أن المقرر- في قضاء هذه المحكمة – أن إغفال الحكم بحث دفاع أبداه الخصم يترتب عليه بطلان الحكم إذا كان هذا الدفاع جوهرياً ، ومؤثراً في النتيجة التي انتهى إليها ، إذ يعتبر ذلك الإغفال قصوراً في أسباب الحكم الواقعية يقتضي بطلانه ، بما مؤداه أنه إذا طرح على المحكمة دفاع كان عليها أن تنظر في أثره في الدعوى فإن كان منتجاً فعليها أن تقدر مدى جديته حتى إذا ما رأته متسما بالجدية ، مضت إلى فحصه لتقف على أثره في قضائها ، فإن لم تفعل كان حكمها قاصراً ، وأن قيود البناء الاتفاقية المنصوص عليها في المادة رقم ١٠١٨ من القانون المدني- تعتبر حقوق ارتفاق متبادلة مقررة لفائدة جميع العقارات التي تقام في حي معين، إذ يترتب عليها أن تصبح كل قطعة من الأرض مرتفقاً بها لمنفعة جميع القطع الأخرى في الحي ذاته بحيث إذا خالفها غالبية الملاك أصبح الآخرون في حل من الالتزام بها لانتفاء سبب هذا الالتزام والحكمة منه، لما كان ذلك وكان الثابت في الأوراق، وفي تقرير الخبيرة

المندوبة فى الدعوى أن الطاعن وإن كان قد خالف قيود البناء سالفة الذكـــر إلا أن هـــناك مخالفات عديدة مماثلة ارتكبها ملاك آخرون لعقارات تقع فى الحى نفسه الذى يقع به عقار الطاعن ، وإذ التفت الحكم المطعون فيه عن هذا الدفاع ، ولم يعن ببحثه وتمحيصه ، ولم يرد عليه بما يفنده ، مع أنه دفاع جوهـــرى يترتب على تحققه- إذا صـــح – تغير وجه الرأى فى الدعوى ، فإنه يكون قد عاره قصور مـــبطل يـــوجب نقضه لهذا الوجه دون حاجـــة لبحث باقى أسباب الطعن ".

(طعــن رقم ٤٣٤٧ لسنة ٦٨ ق جلسة ١٩٩٩/١١/٣٠- لم ينشر بعد)

مـــادة (١٠١٩)

تخضـــع حقوق الارتفاق للقواعد المقررة فى سند إنشائها ولما جرى به عرف الجهة وللأحكام الآتية .

الشـــــرح

٤٥٢ـ مضمون الارتفاق يحدده مصدره :

إن مضـــمون الارتفـــاق أو مـــداه إنما يتحدد بالسند الذى أنشأ الارتفاق ، فإليه يجب الرجوع أولا لمعرفة مدى ما يخوله الارتفاق مـــن حقـــوق لمـــالك العقار المرتفق ، ومدى ما يفرضه من أعباء يتحملها مالك العقار المرتفق به .

وذلك على التفصيل الآتى :

١- إذا كـــان الارتفـــاق مرتبا بواسطة القانون وجب فى تحديد مضمونه الرجوع إلى النصوص القانونية المنشئة له، فهى التى تحدد كيفية استعماله . ففى تحديد حقوق الارتفاق المتعلقة بالانتفاع بالمياه مـــثلا يجب الرجوع إلى نصوص التقنين المدنى وإلى القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٨٤ .

٢- إذا كـــان مصـــــدر حق الارتفاق هو العمل القانونى ، وجب الـــرجوع إليه ، سواء كان عقد معاوضة أو عقد تبرع أو وصية، لمعـــرفة مـــدى الارتفاق ، ومعنى ذلك أنه يجب الرجوع إلى إرادة

طرفى العقد المنشئ للارتفاق ، أو إلى إرادة مقرر هذا الحق إذا تم إنشاؤه بطريق الوصية .

وتتبع هنا القواعد العامة فى تفسير التصرفات القانونية . فلقاضى الموضوع السلطة المطلقة فى تفسير بنود التصرف بشرط ألا يؤدى هذا التفسير إلى فسخ إرادة ذوى الشأن . فقد يتبين من الاتفاق المنشئ لحق المطل أن الطرفين قصدا أيضا إلى أن يصطحب بارتفاق بعدم البناء ، مع أنه فى العادة لايستتبع سوى الالتزام بعدم البناء إلا بعد ترك المسافة القانونية [١].

وإذا كانت طريقة استعمال الارتفاق معينة فى الاتفاق الحاصل بين الطرفين فلا يجوز أن يطلب من القاضى تعيين طريق آخر للاستعمال .

على أنه يجب عدم التوسع فى التفسير ، إذ أن الارتفاق هو قيد استثنائى [٢].

وحق الارتفاق المنشأ بواسطة العمل القانونى قد يتغير مضمونه بعد ذلك بالاستعمال. فقد يتوسع فيه مالك العقار المرتفق فيكتسب حقوقا جديدة بالتقادم المكسب ، كما أن عدم الاستعمال قد يؤدى إلى تضييق نطاق الحق . كما أن الارتفاق المنشأ بواسطة العقد قد

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ٣٤٢ .

(٢) السنهورى ص ١٨٣٦ – عبد المنعم البدراوى ص ٣٤٢ .

يتعدل مضمونه على الرغم من إرادة الطرفين المنشئين له ، فيجوز التعديل في كيفية استعماله (م١٠٢٣/٢، ١٠٢٤/٢، ١٠٢٥/٢) (أنظر شرح هذه المواد) .

٣- إذا كان سبب حق الارتفاق هو تخصيص المالك الأصلى ، فإن نطاقه ومداه يتحدد بالاتفاق الضمنى الذى انعقد بين المالكين المختلفين للعقارين وقت انفصال ملكيتهما ببقاء هذين العقارين بالحالة الواقعية السابقة ، وتحويلها إلى ارتفاق بمعناه القانونى. ومن ثم فإن نطاق هذا الارتفاق يتحدد بالتخصيص الذى وقع عليه هذا الاتفاق الضمنى بين المالكين ، فهو السند الذى يعين مدى حق الارتفاق ويرسم حدوده .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" حقوق الارتفاق – وفقا للمادة ١٠١٩ من القانون المدنى- تخضع للقواعد المقررة فى سند إنشائها . وإذا كان ترتيب حق الارتفاق بتخصيص المالك الأصلى ليس مبنيا على مجرد نية المالك فى الوقت الذى رتب فيه علاقة التبعية بين العقارين بحيث لو انفصلا لكان لأحدهما حق ارتفاق على الآخر ، وإنما مبناه – على ما أوضحته مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى – الاتفاق الضمنى الذى انعقد بين المالكين المختلفين للعقارين وقت انفصال ملكيتهما ببقاء هذين العقارين بالحالة الواقعية السابقة ، وتحويلها إلى

ارتفـــاق بمعـــناه القانونى ، ومن ثم فإن نطاق هذا الارتفاق يتحدد بالتخصيص الذى وقع عليه هذا الاتفاق الضمنى بين المالكين ، وهو الســند الــذى يعيــن مدى حق الارتفاق ويرسم حدوده . وإذا كان اســتدلال الحكــم على توسيع نطاق حق الارتفاق بالمطل وشموله لعقــار مــن أربعة أدوار بما استظهره من نية المالك الأصلى هو اســتدلال غير صحيح اعتمد فيه الحكم على مصدر لا يؤدى إليه، ذلــك لأن تحديد نطاق الارتفاق بتخصيص المالك الأصلى لايكون بالــتحرى عن مكمن إرادته وما انطوت عليه نيته ، ولايستدل عليه عــن طريق الظن بما أضمره هذا المالك ولم يظهره ، وإنما يجب الــرجوع إلى ذات الوضع الفعلى الذى هيأه المالك الأصلى ، وهو المظهر المادى الذى أحاط به مالكا العقارين فى تثبت وتلاقت عليه إرادتهما الضمنية ، ويكون تحديد نطاق الارتفاق بالتعرف على حكم هــذا الواقع وإعمال هذه الإرادة بقدرها . وإذ كان الثابت من الحكم المطعــون فــيه أن العقار الذى شيده المالك الأصلي بالفعل وانتقل بالقســمة إلـــى المطعون ضده إنما كان من بدروم ودور أرضى ، ومــن ثــم فلا يمكن القول إلا بأن إرادة المالكين الضمنية قد تلاقت عــند انفصـــال العقاريــن على بقاء حق الارتفاق بالمطل فى هذه الحــدود وحدهـــا ، وليس لعقار كان مزمعا تشييده من أربعة أدوار ولم يتم " .

(طعن رقم ٢٨١ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧٢/٤/٨)

٤- إذا كــان الارتفاق قد اكتسب بالتقادم . فإن نطاق الارتفاق ومــداه يتحدد على ضوء ما تمت فيه الحيازة . ولا يكون لصاحب العقار المرتفق أن يزيد من هذا النطاق الذى اكتسبه بمرور الزمن ، كــأن يكون قد فتح نافذة مثلا ومرت المدة القانونية فلا يكون له أن يفتح نافذة أخرى بعد ذلك .

وإذا كان الارتفاق حق مرور قد اكتسب نتيجة قيام مالك العقار المــرتفق بالمــرور على قدميه خلال العقار المرتفق به مدة خمس عشــرة سنة ، فإن مضمون الارتفاق يتحدد بمرور المالك راجلا ، فلا يجوز له أن يمر راكبا [1].

وأســاس ذلــك القــاعدة القائلة بأن الكسب بالتقادم يقاس بمدى الحيازة [2].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" حقــوق الارتفاق وفقا للمادة ١٠١٩ من القانون المدنى تخضع للقواعــد المقــررة فى سند إنشائها ، وإذ كان سبب إنشاء الارتفاق

---

(١) محمد لبيب شنب ص ٤٢٢ .

(٢) محمد كامل مرسى ص ٤٣٥- توفيق فرج ص ٤١٢.

بالـتقادم فـإن الحيازة التى كانت أساسا للتقادم هى التى تحدد مدى الارتفاق ".

(طعن رقم ٤٦٣ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٢/٦/٩)

٤٥٣ـ القواعد المكملة :

يتحدد نطاق الارتفاق – كما قدمنا– على ضوء المصدر المنشئ لــه . فـإذا لم يكن هذا المصدر كافيا فى هذا الخصوص ، وجب الـرجوع إلـى العادات المرعية فى جهة وجود العقارات . وأخيرا إلـى الأحكـام القانونـية التى أوردها التقنين المدنى فى المواد من ١٠٢٠ إلى ١٠٢٥ .

٤٥٤ـ شمول الارتفاق مستلزمات استعماله :

لايقتصـر الأمـر فـى تحديد نطاق حق الارتفاق ومداه على الـرجوع إلى سند إنشائه ، ولكنه يشمل فضلا عن ذلك ما يعد من مستلزماته .

وتـنص المادة ٦٩٦ مدنى فرنسى على ذلك بقولها : " إذا رتب حق الارتفاق فالمفروض أنه تضمن كل ما هو ضرورى لاستعماله، فالارتفـاق باغـتراف المياه من عين للغير يتضمن بالضرورة حق المرور " . من ذلك مثلا حالة ما إذا تقرر حق السقيا من عين فإن هذا يتضمن حتما حق المرور فى الأرض التى تقع فيها العين. وهذا

أمــر تفرضه طبيعة الأمور ، ولايحتاج إلى نص خاص ، إذ الأمر يعلق بمستلزمات الحق ، والقاعدة الشرعية أن من ملك شيئا ، ملك ما هو من ضروراته (م ٤٩ من مجلة الأحكام العدلية)[١].

---

(١) توفيق فرج ص ٤١٢ وما بعدها .

مـــادة (١٠٢٠)

١- لمـــالك العقـــار المـــرتفق أن يجـــرى من الأعمال ما هو ضرورى لاستعمال حقه فى الارتفاق ، وما يلزم للمحافظة عليه ، وأن يســـتعمل هذا الحق على الوجه الذى لاينشأ عنه إلا أقل ضرر ممكن .

٢- ولايجـــوز أن يترتـــب علـــى مـــا يجد من حاجات العقار المرتفق أية زيادة فى عبء الارتفاق .

الشرح

٤٥٥- إجـراء الأعمـال الضـرورية لاستعمال حق الارتفاق والمحافظة عليه :

لمـــالك العقار المرتفق أن يجرى من الأعمال ما هو ضرورى لاســـتعمال حقـــه فى الارتفاق ، وما يلزم للمحافظة عليه ، ولو لم يـــنص فـــى ســـند إنشاء الارتفاق على ذلك ، حتى لو صرح العقد ببعض الأعمال فقط .

فلمالك العقار المرتفق أن يجرى على العقار المرتفق به بطبيعة الحال الأعمال اللازمة لاستعمال حقه وللمحافظة عليه .

فمن تقرر له حق مرور كان له أن يعبر الطريق الذى يمر به ، كما يجوز له إقامة قنطرة على المجرى الذى يعترض طريق مروره.

ومن تقرر له حق ارتفاق بالمجرى وكان استعمال هذا الحق يقتضى أن يحفر قناة تجرى فيها المياه كان له حفر هذه القناة . وعلى مالك العقار أن يحتمل هذه الأعمال .

ويجوز لمالك العقار المرتفق أيضا أن يجرى من الأعمال ما هو ضرورى للمحافظة على حقه فى الارتفاق ، فإذا كان هذا لحق حق مجرى ، كان له أن يقوم بتطهير أو تعميق القناة أو المسقاة التى توصل المياه إلى عقاره ، وإذا كان الحق حق مرور كان للمالك رفع الأتربة منه ، وإعادة تحديده إذا طمسته الرمال . أو يعيد رصف الطريق (١).

ويشترط فيما يقوم به صاحب العقار المرتفق أن يكون ضروريا، ولايكفى أن يكون نافعا أو مفيدا لاستعمال الارتفاق (٢).

ومعرفة ما إذا كانت الأعمال ضرورية لاستعمال الارتفاق أو غير ضرورية مسألة تتعلق بالواقع ، ويمكن الفصل فيها فى غالب

---

(١) توفيق فرج ص ٤١٥- محمد لبيب شنب ص ٤٢٤ .

(٢) محمود جمال الدين زكى ص ٦٥٧- عبد المنعم البدراوى ص ٣٤٦.

الأحـــوال بمعاونـــة أرباب الخبرة ، وتكون مصروفاتهم على عاتق مالك العقار المرتفق [١].

٤٥٦ـ كيفية إجراء الأعمال الضرورية لاستعمال الارتفاق والمحافظة عليه :

تنص الفقرة الأولى من المادة على أن : " ... وأن يستعمل هذا الحق على الوجه الذى لاينشأ عنه إلا أقل ضرر ممكن " .

فيجـــب أن يكـــون إجراء مالك العقار المرتفق ما هو ضرورى لاستعمال حقه فى الارتفاق ، وما يلزم للمحافظة عليه ، بأقل ضرر ممكـــن للعقـــار المرتفق به . فإن استعمله على وجه يضر بالعقار المـــرتفق به ضررا كان يمكن تجنبه لو أنه استعمله على وجه آخر يعود عليه بالفائدة المستحقة ، تحققت مسئوليته [٢].

ذلـــك أن المشرع هنا يسلم بأن استعمال صاحب العقار المرتفق لحقـــه قد يضر بالعقار المرتفق به . ولهذا تطلب أن يكون هذا بأقل ضـــرر ممكـــن . فإذا تجاوز الضرر ذلك تحققت مسئوليته ، طالما كـــان مـــن الممكن تلافيه . ولاشك أن تحديد الحد الفاصل بين مالم يكن فى الإمكان تجنبه عند استعمال الحق ، وما كان يمكن تلافيه ، يعد من مسائل الواقع التى يقدرها قاضى الموضوع [٣].

---

(١) محمد كامل مرسى ص ٤٣٧ .

(٢) السنهورى ص ١٨٥٠.

(٣) توفيق فرج ص ٤١٦ .

ويعتبر هذا القيد تطبيقا لنظرية التعسف فى استعمال الحق[١].

ولصـــاحب العقار المرتفق به أن يحدد ميعادا معقولا للفراغ من الأعمال التى يقوم بها صاحب العقار المرتفق [٢].

٤٥٧ـ عدم الزيادة فى عبء الارتفاق :

تـــنص الفقرة الثانية من المادة ١٠٢٠ على أنه : " ولايجوز أن يترتـــب علـــى مـــا يجـــد من حاجات المرتفق أى زيادة فى عبء الارتفاق ".

فلصـــاحب العقـــار المرتفق حق عينى ، أى سلطة على العقار المـــرتفق بـــه تخـــول له أن يســـتعمل حقه ، وأن يستوفى الخدمة المطلوبـــة مـــن العقار المرتفق به ، على وجه لاينشأ عنه إلا أقل ضـــرر ممكن للعقار المرتفق به . وهذا الحق يتحدد وقت إنشائه ، ولايجـــوز أن يزيد بزيادة حاجات العقار المرتفق إلا باتفاق جديد أو بحكم القانون [٣]. فمن المحظور أن تؤدى هذه الحاجات إلى زيادة فى عبء الارتفاق .

ويترتب على ذلك ما يأتى :

---

(١) محمود جمال الدين زكى ص ٦٥٨ .

(٢) السنهورى ص ١٨٤٧ .

(٣) مذكرة المشروع التمهيدى مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ٦ ص ٦٣٩.

(أولاً) لايســتطيع المالك أن يستعمل الارتفاق إلا للعقار المقرر له دون سواه . أما إذا كان للمالك عقارات أخرى اكتسبها قبل إنشاء الارتفاق أو بعده لم يجز له أن يستعمل هذا الارتفاق لصالحها .

ومــع ذلــك فــإن المحاكم الفرنسية اتجهت إلى عدم التقيد بهذه القاعدة على إطلاقها ، في تلك الحالات التي لايترتب على مخالفتها زيــادة في عبء الارتفاق على العقار المرتفق به . فقضت محكمة النقض الفرنسية بأنه ليس لمالك العقار المرتفق به أن يشكو من أن صاحب العقار الذي له حق ارتفاق بالمجرى على أرضه قد استعمل مــياه الري لعقار آخر غير العقار المخصص المجرى لخدمته في الأصــل ، مــادام أنــه لــم يترتب على هذا التغيير في تخصيص الارتفــاق زيادة عبء على العقار المرتفق به من حيث كمية المياه الــتي تمــر فــي أرضــه أو مــن حيث الأعمال اللازمة لتسهيل مرورها[1].

ولكــن إذا ترتب على مد الارتفاق لخدمة عقارات أخرى زيادة فــي عــبء الارتفاق كان هذا غير جائز. فلا يجوز لمن تقرر حق مــرور لصــالح منزل يسكنه أن يستعمل هذا الحق لخدمة منزلين آخرين اشتراهما وأوجد اتصالا بينهما وبين المنزل الأول بأبواب ،

---

(١) نقــض فرنسي ٢٣ أبريل ١٨٥٦ مشار إليه بمؤلف الدكتور عبد المنعم البدراوي ص ٣٥٠ هامش (٢) .

لأن فـــى هذا زيادة فى عبء الارتفاق ، وخصوصا إذا كان هذان المـــنزلان خصصـــا لعقد اجتماعات عامة [1] وكذلك إذا تقرر حق ارتفاق بالمرور لفائدة منزل للسكن ثم استعمل جانب من هذا المنزل معهـــدا أو ناديـــا أو مستوصفا ، لم يجز أن يترتب على ما جد من حاجـــات المنزل بسبب وجود المعهد أو النادى أو المستوصف أية زيادة في عبء لارتفاق . ويجب الاقتصار فى حق المرور على ما كان عليه حتى ولو لم يترتب على المجاوزة ضرر [2].

(ثانـــيا) لايجـــوز استعمال الارتفاق إلا للحاجة التى أنشئ من أجلهـــا، إذا نشأ عن ذلك زيادة عبء على العقار المرتفق به . فإذ تحدد لشخص حق مرور فى موضع معين بالأقدام مثلا ، لايكون له أن يمر بسيارة من موضع آخر ، وإذا تقرر لشخص فتح نافذة ، فلا يكـــون له فـــتح بلكـــون أو نافذتين ومجمل القول أنه ليس لصاحب العقار المرتفق أن يستعمل حق الارتفاق بطريقة يكون من شأنها أن تزيد العبء على العقار الخادم . ويرجع فى تقدير ما يعد زيادة فى العـــبء على العقار الخادم إلى تقدير القضاء ، والمقصود فى هذه الحالـــة أن يقـــوم صاحب العقار المخدوم بما يزيد من العبء على

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ٣٥٠ .

(٢) السنهورى ص ١٨٤٩ وما بعدها .

العقـــار الخـــادم ، حـــتى ولـــو ظل فى حدود الارتفاق المقرر له ، واستعمله بالكيفية المسموح بها [1].

٤٥٨ـ جزاء الإخلال بالالتزام :

يترتـــب على مخالفة هذا الإلتزام إزالة الأعمال المخالفة والحكم بالـــتعويض ولمحكمة الموضوع أن تقتصر على القضاء بالتعويض دون الإزالـــة حسبما يتبين لها من جسامة المخالفة وظروف الحال جميعا .

والالـــتزام بإزالـــة الأعمال المخالفة هو من الالتزامات العينية التى تتبع العين فيلتزم به من انتقلت إليه ملكية العقار المخدوم، حتى ولو لم يكن هو المتسبب فيها .

أمـــا الالـــتزام بالـــتعويض فهو التزام شخص مبنى على الفعل الضار، ولذلك لايسأل عنه إلا من أخل بالالتزام السابق بنفسه دون سواه ممن قد تنتقل إليهم ملكية العقار المخدوم [2].

---

(١) توفيق فرج ص ٤١٨ .

(٢) عبد المنعم البدراوى ص ٣٥١ ومابعدها .

٤٥٩ ـ الدعاوى المخولة لمالك العقار المرتفق :

١- دعوى الإقرار بحـق الارتفاق :

لصاحب حق الارتفاق وهو مالك العقار المرتفق الحق فى رفع دعـوى الإقرار بالحق (أو الاعتراف) ، وهى دعوى عينية يرفعها بصفته صاحب حق عينى طالبا تقرير وجود هذا الحق وحمايته[١]. فهى فى هذا تشابه دعوى الاستحقاق التى تحمى حق الملكية ويكفى لقبول هـذه الدعـوى أن يقوم عائق أيا كان يحول دون استعمال الارتفاق أو يضايقه من جانب مالك العقار المرتفق به أو من يمثله، مادام هذا العائق حالا وفعليا [٢].

ولصاحب العقـار المـرتفق أن يطلـب فى هذه الدعوى هدم المنشـآت التى أقيمت مخالفة لحق الارتفاق كإزالة المبانى فى حالة الارتفاق بعدم البناء ، وكذلك الحكم بغرامة تهديدية لإجبار المدعى عليه على تمكينه من استعمال حق الارتفاق [٣].

ويقع على عاتق المدعى إثبات حق الارتفاق ، أيا كان مصدره.

---

(١) وهذه الدعوى تختلف عن دعوى الإنكار وهى التى يرفعها المالك بقصد نفى تحمل ملكه بأى ارتفاق مزعوم لتضييق نطاقه .

(٢) عبد المنعم البدراوى ص ٣٥٤ .

(٣) السنهورى ص ١٨٥٥ .

فـــإذا تقــرر الارتفاق بعمل قانونى وجب إثبات هذا العمل طبقا للقواعــد العامة فى إثبات التصرفات القانونية المنصوص عليها فى قانون الإثبات .

وإذا استند مالك العقار المرتفق فى دعوى الاعتراف إلى التقادم المكسب للارتفاق كان عليه أن يثبت شروطه .

ويجــوز له إثــبات ذلـــك بكافة طرق الإثبات القانونية بما فيها البينة.

وأخيرا إذا اكتسب الارتفاق بتخصيص رب الأسرة ، جاز إثبات توافــر شروط التخصيص بكافة طرق الإثبات . وقد رأينا سلفا أن الفقــرة الثانية من المادة ١٠١٧ مدنى تجيز الإثبات صراحة بكافة طرق الإثبات .

٢- دعاوى الحيازة :

لمـــالك العقـــار المـــرتفق أيضا استعمال دعوى منع التعرض ودعـــوى وقـــف الأعمـــال الجديدة ، فهما من دعاوى الحيازة التى تحمى الحائز لأى حق عينى عقارى .

إلا أنه يمتنع على المالك رفع دعوى استرداد الحيازة ، لأن هذه الدعوى – وهى تفترض غصب الحيازة – لاتعطى إلا إذا كان من غصب حيازته حائزا للعقار حيازة مادية .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " إن دعـــوى استرداد الحيازة تستلزم بطبيعتها وقوع أعمال عـــنف وقـــوة مادية تكون قد سلبت حيازة مادية أيضا . وهى بهذه المـــثابة لايمكن أن يكون موضوعها إعادة مسقى أو مصرف هدمها المدعـــى عليه ويدعى المدعى أن له حق ارتفاق عليها إذا كان هذا المسقى أو المصرف اللذان هما محل الارتفاق مقطوعا بأنهما فى يد المدعى عليه .

(طعن رقم ٤٠ لسنة ٦ ق جلسة ١٩٣٦/١٠/٢٢)

٢- " إن حـــق الارتفـــاق المكتســـب بالتراضى يجب أن يبقى ويستمر بشكله فى حدوده التى بدأ بها ، فلا يملك أحد من المنتفعين بـــه العبـــث بـــه أو استعماله فى غير مصلحة له أو لمجرد العنت والإساءة إلى الغير . ففى دعوى بطلب الحكم بمنع تعرض المدعى عليه للمدعى فى صرف مياه أرضه فى مصرف معين وإزالة ما به من السدود والعوائق إذا دفع المدعى عليه الدعوى بأن المدعى وإن كـــان له حق الارتفاق بالصرف إلا أنه لم يدع حقه هذا على حالته وقـــت التعاقد بل إنه غير منه بأن أقام نضاحة على أطيانه ليستعين بها على صرف المياه ومادام هو قد فعل هذا فإنه يكون من حقه هو أن يمـــنعه من الصرف بوضع سدود فى المصرف - إذا دفع بهذا وحصـــلت المحكمة من وقائع الدعوى طريقة انتفاع الطرفين بحق

الارتفــاق المقــرر باتفاقهمـــا ، وتبينت أن المدعى كان هو البادئ بـــإحداث التغيــير فـــى طبيعة هذا الحق بإقامة النضاحة عليه وأن المدعى عليه لم يكن منه إلا أن وضع سدا فى المصرف أمام أرضه ليحول دون مرور مياه الصرف فيه حتى يحمى أرضه من الضرر الــذى يلحقها من جراء ذلك ، كما استظهرت أن المدعى لم يمض علـــى انتفاعه بالتغيير الذى أحدثه إلا فترة وجيزة لا تستأهل حماية وضـــع الـــيد ، وبناء على ذلك قضت برفض الدعوى فإن حكمها يكون مطابقا للقانون " .

(طعن رقم ٣٢ لسنة ١٤ ق جلسة ١٩٤٤/١٢/١٤)

وحقــوق الارتفاق الظاهرة هى التى يمكن حمايتها بدعوى منع الــتعرض ودعوى وقف الأعمال الجديدة ، إذ أن هذه الحقوق هى التى يجوز كسبها بالتقادم وفقا لنص المادة ٢/١٠١٦ كما رأينا . أما الارتفاقات غير الظاهرة فلا تحميها هاتين الدعويين إلا إذا كان من يســتعملها يستند إلى سند صادر من مالك العقار المرتفق به أو إلى نــص فـــى القانون أو تخصيص رب الأسرة . ولايشترط أن يكون الارتفاق مستمرا بالمعنى المعروف فى حقوق الارتفاق (١).

ويذهــب رأى إلـــى أنـــه يجوز حماية الحيازة بدعوى استرداد الحــيازة فى الحالات التى يظهر فيها بوضوح أن عملا من أعمال

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ٣٥٥ ومابعدها- السنهورى ص ١٨٥٦ ومابعدها .

العـنف قد انتزع من صاحب حق الارتفاق حيازته لهذا الحق . فإذا كـان حـق الارتفـاق هو ارتفاق بالمطل مثلا ، وأقام مالك العقار المـرتفق به حائطا محاذيا للنافذة فسدها سدا تاما ، جاز اللجوء إلى هذه الدعوى [١].

---

(١) السنهورى ص ١٨٥٧ .

مـــادة (١٠٢١)

لايلــزم مـــالك العقار المرتفق به أن يقوم بأى عمل لمصلحة العقار المرتفق إلا أن يكون عملا إضافيا يقتضيه استعمال الارتفاق على الوجه المألوف ما لم يشترط غير ذلك .

الشـــــرح

٤٦٠ ـ التزام مالك العقار المرتفق به بالعمل الإضافى :

الأصـــل ألا يلزم صاحب العقار المرتفق به بأى التزم إيجابى . فحـــق الارتفاق حق عينى يخول من يتقرر لصالح عقاره أن يباشر السلطات التى يقررها الحق ، دون وساطة أحد . ولهذا يكون على صـــاحب العقـــار المـــرتفق به أن يحترم الحق العينى الذى يتقرر لصالح العقار المخدوم . فليس له أن يعمل عملا من شأنه أن يعوق اســـتعمال حق الارتفاق . فإذا أخل بالتزامه وقام بعمل يتعارض مع الارتفاق ،-كان لصاحب الارتفاق أن يطلب منعه من ذلك ، ويطالب بالتعويض إن كان لذلك ما يبرره . إذ كل هذا يتعارض مع التزامه بترك صاحب العقار المرتفق يستفيد بحقه على النحو المقرر قانونا ومـــن ثم لايجوز فرض التزام إيجابى على صاحب العقار المرتفق به إلا بالاتفاق . ولايقوم العرف مقام هذا الاتفاق [١].

---

(١) محمود جمال الدين زكى ص ٦٦٦ .

غـــير أن المادة أوجبت على صاحب العقار المرتفق به أن يقوم بعمل إيجابي لمصلحة العقار في بعض الأحيان متى كان هذا العمل "عملا إضافيا يقتضيه استعمال الارتفاق على الوجه المألوف" . كأن يتطلب استعمال الارتفاق قيام صاحب العقار المرتفق به بعمل لازم لإمكـــان استعمال الارتفاق ، مثل تطهير مجرى المياه الذى يستعمل فيه الارتفاق ، أو إصلاح الطريق فى حالة الارتفاق بالمرور(١).

وكــل هــذا مـــالم يوجد اتفاق آخر بين صاحب العقار المرتفق وصاحب العقار المرتفق به .

ولمـــا كان التزام صاحب العقار المرتفق به التزام عينى ، فإنه يجــوز للأخـــير التخلص من هذا الالتزام بالتخلى عن ملكية الجزء المرتفق به .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ... أما صاحب العقار المرتفق به فلا يلتزم شخصيا بشئ، إلا أن يكـــون عملا إضافيا يقتضيه استعمال حق الارتفاق على الوجه المـــألوف . كإصــــلاح حق المرور . وله على كل حال أن يتخلص من هذا الالتزام بتخليه عن ملكية الجزء المرتفق به "(٢).

---

(١) توفيق فرج ص ٤٢٥ وما بعدها .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ٦ ص ٦٢٤ .

مــادة (١٠٢٢)

١- نفقــة الأعمال اللازمة لاستعمال حق الارتفاق والمحافظة عليه تكون على مالك العقار المرتفق ما لم يشترط غير ذلك .

٢- فــإذا كــان مالك العقار المرتفق به هو المكلف بأن يقوم بــتلك الأعمــال علــى نفقــته ، كان له دائما أن يتخلص من هذا التكليف بالتخلى عن العقار المرتفق به كله أو بعضه لمالك العقار المرتفق .

٣- وإذا كانــت الأعمال نافعة أيضا لمالك العقار المرتفق به ، كانــت نفقــة الصــيانة على الطرفين كل بنسبة ما يعود عليه من الفائدة.

الشــرح

٤٦١ ـ نفقات استعمال حق الارتفاق والمحافظة عليه :

تكون نفقات الأعمال اللازمة لاستعمال حق الارتفاق والمحافظة عليه على عاتق مالك العقار المرتفق .

فــتكون علــيه نفقات تعبيد الطريق الذى يمر به وإقامة القنطرة الــتى يقيمها ، وتطهير أو تعميق القناة أو المسقاة التى توصل المياه إلى عقاره .

وأساس هذا الحكم أن الارتفاق يتقرر لفائدة العقار المرتفق ، فمن العدل أن يتحمل مالك هذا العقار النفقات اللازمة لتحقيق هذه الفائدة .

على أنه إذا كانت الأعمال الضرورية لاستعمال الارتفاق والمحافظة عليه نافعة أيضا لمالك العقار المرتفق به ، فإن نفقة هذه الأعمال تكون على الطرفين : مالك العقار المرتفق ومالك العقار المرتفق به ، كل بنسبة ما يعود عليه من فائدة .

ومثال ذلك أن يكون حق الارتفاق ، ارتفاق بالمرور ، وكان كل من المالكين يمر بالطريق وتعود عليه من هذا المرور فائدة تعادل تلك التىتعود على الآخر ، فهنا تكون نفقات صيانة الطريق مناصفة بينهما والتزام مالك العقار المرتفق به فى هذه الحالة يكون التزاما شخصيا يتحمله بسبب انتفاعه بالأعمال التى يقوم بها مالك العقار المرتفق . ومن ثم لايجوز له كما جاز فى حالة التزامه بالنفقات بموجب اتفاق خاص ، أن يتخلص من المساهمة فى النفقات بالتخلى عن العقار المرتفق به كله أو بعضه [١].

والتزام مالك العقار المرتفق بنفقات الأعمال اللازمة لاستعمال الحق والمحافظة عليه ، لايتعلق بالنظام العام ، فيجوز الاتفاق على

---

(١) السنهورى ص ١٨٥٤ ومابعدها.

خلافــه ، سواء بتحميل مالك العقار المرتفق به كل هذه النفقات أو بعضــها . ويصح هذا الاتفاق سواء فى سند إنشاء حق الارتفاق أو فى وقت لاحق (١).

٤٦٢ـ تخلى مالك العقار المرتفق به عن العقار كله أو بعضه :

ذكرنا سلفا أنه إذا تحمل مالك العقار المرتفق به بنفقات الأعمال اللازمــة لاستعمال حق الارتفاق والمحافظة عليه كلها أو بعضها ، فــإن ذلــك يضحى التزاما عينيا إذ أن سبب الالتزام هنا هو ملكيته للعقــار المــرتفق بــه ، ولذلك أجازت الفقرة الثانية من المادة لهذا الأخير دائما أن يتخلص من التزامه بهذه النفقات بالتخلى عن العقار المرتفق به كله أو بعضه لمالك العقار المرتفق .

وقــد توحــى عبارة " التخلى عن العقار المرتفق به ... لمالك العقــار المرتفق " ، أن التخلى من الأعمال الناقلة التى تستلزم قبول الطــرف الآخــر ، وهو هنا مالك العقار المرتفق . ولكن مثل هذا الــنظر خاطــئ. فالتخلى هو عمل قانونى يتم بإرادة منفردة ، فهو نزول عن الحق لايحتاج إلى قبول (٢).

والــتخلى عن العقار كله ، يكون إذا كان الارتفاق واقعا بطبعه على كل أجزائه كالارتفاق باستخراج الأحجار من محجر .

---

(١) الســنهورى ص ١٨٥٣ – محمد لبيب شنب ص ٤٢٥ – تــوفيق فرج ص ٤١٩ .

(٢) السنهورى ص ١٨٥٤ هامش (١) – عبد المنعم البدراوى ص ٣٤٨ .

ويكــون التخلى عن بعض العقار إذا كان الارتفاق لايستعمل إلا علـــى جزء معين من العقار ، كحق المرور مثلا . فيكفى أن يتخلى مالك العقار المرتفق به عن هذا الجزء وحده فيتخلص من التكاليف الملقاة على عاتقه .

أمـــا عـــن أثر التخلى فإنه يؤدى إلى تخليص المالك من نفقات الاســـتعمال أو الصـــيانة ليس فقط ما يستحق منها مستقبلا وإنما ما كـــان منها مستحقا بالفعل وقت التخلى . فأثر التخلى ينصرف إلى المستقبل والماضى معا .

ويجـــوز دائما التخلص من هذا التكليف عن طريق التخلى عن العقار المرتفق به حتى ولو وجد اتفاق يخالف ذلك والقول بغير ذلك من شأنه أن يجعل الالتزام بدفع نفقة الأعمال اللازمة للاستعمال أو الصـــيانة الـــتزاما شخصيا فى حين أن القانون أراد أن يجعل منه تكليفا عينيا كما أسلفنا .

ولفظ" دائما" الوارد بالفقرة الثانية من المادة يؤيد النظر المتقدم. والتخلى الذى يجيزه النص هو مجرد مكنة فلا يسقط بالتقادم(١).

---

(١) محمد كامل مرسى ص ٤٣٩- السنهورى ص ١٨٥٤ هامش (١) .

مــادة (١٠٢٣)

١- لايجــوز لمالك العقار المرتفق به أن يعمل شيئا يؤدى إلى الانتقاص من استعمال حق الارتفاق أو جعله أكثر مشقة .

ولايجوز له بوجه خاص أن يغير من الوضع القائم أو أن يبدل بالموضع المعين أصلا لاستعمال حق الارتفاق موضعا آخر .

٢- ومــع ذلك إذا كان الموضع الذى عين أصلا قد أصبح من شــأنه أن يــزيد فى عبء الارتفاق ، أو أصبح الارتفاق مانعا من إحــداث تحسينات فى العقار المرتفق ، فلمالك هذا العقار أن يطلب نقل الارتفاق إلى موضع آخر من العقار ، أو إلى عقار آخر يملكه هــو أو يملكــه أجنــبى إذا قــبل الأجنبى ذلك . كل هذا متى كان استعمال الارتفاق فى وضعه الجديد ميسورا لمالك العقار المرتفق بالقدر الذى كان ميسورا به فى وضعه السابق .

الشرح

واجبات مالك العقار المرتفق به :

٤٦٣ـ (أ) عــدم الانتقاص من استعمال حق الارتفاق وعدم جعله أكثر مشقة :

لايجــوز لمــالك العقــار المرتفق به أن يعمل شيئا يؤدى إلى الانــتقاص مــن استعمال حق الارتفاق والتزامه هذا التزام سلبى . فعلــيه أن يمتنع عن مباشرة الأعمال المنافية لحق الارتفاق ، وأن

يـــترك مـــالك العقـــار المرتفق يقوم بالأعمال التى يجيزها حقه ، كالمرور أو الرعى .... الخ .

فـــلا يجـــوز لمالك العقار المرتفق به فى حق المرور أن يزرع قطعة الأرض المقرر عليها الحق فيضيق حق المرور، أو أن يوجد ردما فى الممر بحيث يجعل المرور عسيرا أى أكثر مشقة .

غير أن ذلك لايمنع مالك العقار المرتفق به من استعمال عقاره واســـتعمال الجزء الذى يرد عليه الارتفاق ، طالما أن ذلك لاينقص مـــن حق صاحب العقار المرتفق من استعمال حق الارتفاق المخول له. فعلى سبيل المثال إذا كان الارتفاق حق مرورمن طريق معين ، كـــان لمـــالك العقار المرتفق به أن يقيم عليه من الأبنية ما يشاء ، بشرط أن يترك مسافة كافية تسمح لصاحب حق الارتفاق بالمرور. وله أن يقيم بابا على الممر بشـــرط أن يسلم صاحب العقار المرتفق مفتاحا لهذا الباب .

وهـــذا لايحـــول بين صاحب العقار المرتفق به والتصرف فيه للغير .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " حـــق الارتفاق طبقا للمادة ١٠١٥ من القانون المدنى هو خدمة يؤديها العقار المرتفق به للعقار المرتفق فيحد من منفعة الأول ويجعلـــه مثقلا بتكليف لفائدة الثانى ، وهو وإن لم يجرد مالك العقار

الخـــادم مـــن ملكيـــته إلا أنه ينتقص من نطاقها فيحرمه من القيام بأعمـــال فـــى عقاره كان له الحق فى أن يقوم بها لولا وجود حق الارتفاق ، كما أنه يوجب عليه ألا يمس فى استعماله لحقوق ملكيته بحق الارتفاق فلا يعوق استعماله أو ينقصه أو يجعله أكثر مشقة".

(طعن رقم ٧٢٤ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٧/٥/١٠)

٢- " حق الارتفاق طبقا لنص المادة ١٠١٥ من القانون المدنى- وعلـــى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - هو خدمة يؤديها العقار المـــرتفق بـــه للعقـــار المرتفق فيحد من منفعة الأول ويجعله مثقلا بتكلـــيف لفـــائدة الـــثانى وهو وإن لم يحرم مالك العقار الخادم من ملكيته إلا أن ينقص من نطاقها ويوجب عليه ألا يمس فى استعماله لحقوق ملكيته بحق الارتفاق ".

(طعن رقم ٤٦٣ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٢/٦/٩)

٣- " مفـــاد نص المادتين ١٠١٥، ١٠٢٣ من القانون المدنى ، أن حـــق لارتفاق هو خدمة يؤديها العقار المرتفق به للعقار المرتفق فيحد من منفعة الأول ويجعله مثقلا بتكليف الثانى ، ولايترتب على ذلك حرمان مالك العقار الخادم من ملكه فيجوز له أن يباشر حقوقه علـــيه مـــن استعمال واستغلال وتصرف وكل ما يجب عليه هو ألا يمـــس فـــى استعماله لحقوق ملكيته بحق الارتفاق ، فإذا أخل بهذا الالـــتزام ، ألـــزم بإعادة الحال إلى ما كانت عليه ، وبالتعويض إن

كان له مقتض ، ومؤدى ذلك أن تصرف المالك فى العقار المرتفق به يقع صحيحا ولايجوز لمالك العقار المرتفق طلب إبطاله أو محو تسجيله " .

(طعن رقم ٥٧٢ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٨٧/٤/٨)

وينطبق ما تقدم سواء كانت طريقة استعمال الارتفاق منظمة فى السند المنشئ للارتفاق أم لا ، وسواء كان الارتفاق مرتبا بسند، أم بالتقادم أو بتخصيص المالك الأصلى[١] .

٤٦٤- جزاء مخالفة الالتزام :

يترتب على مخالفة الالتزام السابق إزالة الأعمال المخالفة والحكم بالتعويض .

على أن محكمة النقض الفرنسية تترك تقدير الجزاء المناسب لمحكمة الموضوع التى لها أن تقضى بالإزالة أو تقتصر على التعويض حسب ما يتبين لها من جسامة المخالفة وظروف الحال جميعا [٢].

وهذا الالتزام بإزالة الأعمال المخالفة هو من الالتزامات العينية التى تتبع العين فيلتزم به من انتقلت إليه ملكية العقار المخدوم، حتى ولو لم يكن هو المتسبب فيها .

---

(١) محمد كامل مرسى ص ٤٤٩ .

(٢) نقض فرنسى ١٨ مارس ١٩٣١ .

أمـــا الالـــتزام بالتعويض فهو التزام شخصى مبنى على الفعل الضـــار، ولذلك لايسأل عنه إلا من أخل بالالتزام السابق نفسه دون سواه فمن قد تنتقل إليهم ملكية العقار المخدوم .

٤٦٥ – (ب) عدم تغيير موضع الارتفاق :

لايجــوز بوجـــه خـــاص لمالك العقار المرتفق به أن يغير من الوضـــع القـــائم أو أن يبدل بالموضع المعين أصلا لاستعمال حق الارتفاق موضعا آخر .

فالأصل أن الموضع الذى عين لاستعمال حق الارتفاق يبقى كما هـــو دون تغيير ، كطريق أعد لاستعمال حق المرور . وعلى ذلك يمتـــنع على مالك العقار المرتفق به تغيير هذا الموضع دون موافقة مـــالك العقـــار المرتفق ، حتى ولو لم يترتب على هذا التغيير أية زيـــادة فـــى عبء الارتفاق ، لأن ذلك من قبيل مجاوزة حدود حق الارتفاق.

غير أنه يجوز استثناء لمالك العقار المرتفق به أن يطلب تغيير الموضع الأصلى لاستعمال حق الارتفاق فى حالتين :

(الأولى): حالة ما إذا أصبح من شأن الموضع الذى عين أصلا للارتفـــاق ، أن يـــزيد فى عبء الارتفاق ، أى أصبح ثقيل العبء ويشـــل حـــق ملكـــية . ومـــثال ذلك أن يكون الحق متعلقا بارتفاق بالمجـــرى، حفرت قناة لاستعماله ، ثم أصبحت القناة فى موضعها عائقـــة لتصـــريف المـــياه من الأرض المرتفق بها ، فيكون لمالك

الأرض المـــرتفق بهـــا نقـــل مجرى القناة إلى مكان آخر لايعوق تصريف المياه .

(الـــثانى) : حالة ما إذا أصبح الارتفاق فى عقاره الأصلى مانعا من تحسينات يمكن أن يقوم بها مالك العقار المرتفق به فى عقاره.

كمـــا لو أراد مالك العقار المرتفق به مثلا أن يحيطه بأسوار أو أن يقـــيم علـــيه أبنية مفيدة ، ولكن الارتفاق بوضعه الأصلى يعوق القيام بذلك [١].

فـــى هاتيـــن الحالتين يكون على مالك العقار المرتفق أن يقبل الموضع الجديد للارتفاق ، طالما كان استعمال الارتفاق فى وضعه الجديد ميسورا لمالك العقار المرتفق بالقدر الذى كان عليه من قبل.

ويستوى أن يكون الموضع الجديد فى العقار المرتفق به أو فى عقـــار آخـــر يملكه صاحب العقار المرتفق به ، أو فى عقار يملكه أجنبى إذا قبل الأجنبى ذلك [٢].

---

(١) السنهورى ص ١٨٦٥ وما بعدها – توفيق فرج ص ٤٢٢ وما بعدها .

(٢) ويـــرى الـــبعض أنه إذا كان الاستعمال فى الوضع الجديد أقل يسرا من الاســـتعمال الســـابق ، فإنه ينبغى أن يفاضل القضاء فى هذا الصدد بين مصالح ذوى الشأن .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " يجب فى حق الارتفاق التبعى أن يكون ضروريا للانتفاع بحـق الارتفـاق الأصلى وبالقدر اللازم لتوافر هذا الانتفاع . وإذا كانـت المادة ١٠٢٣ من القانون المدنى- التى قننت ما كان مقرراً فـى ظـل القانون المدنى القديم- قد أجازت ، فى حالة ما إذا كان الموضع الذى عين أصلا لاستعمال حق الارتفاق قد أصبح من شأنه أن يـزيد فـى عبء الارتفاق أو أصبح الارتفاق مانعا من إحداث تحسـينات فـى العقار المرتفق به ، أن يطلب مالك هذا العقار نقل الارتفـاق إلى موضع آخر متى كان استعمال الارتفاق فى وضعه الجديد ميسورا لمالك العقار المرتفق بالقدر الذى كان ميسورا به فى وضـعه السـابق فإنـه يـتأدى من ذلك جواز تعديل حق الارتفاق الأصـلى فى الأحوال المبينة بالمادة ١٠٢٣ مدنى سالفة الذكر ومن باب أولى جواز تعديل حق الارتفاق التبعى فى تلك الأحوال كذلك".

(طعن رقم ١١١ لسنة ٢٦ ق جلسة ١٩٦١/١٢/١٤)

٢- " حـق الارتفاق طبقا للمادة ١٠١٥ من القانون المدنى هو خدمة يؤديها العقار المرتفق به للعقار المرتفق فيحد من منفعة الأول ويجعلـه مثقلا بتكليف لفائدة الثانى ، وهو وإن لم يحرم مالك العقار الخـادم من ملكه إلا أنه يوجب عليه ألا يمس فى استعماله لحقوق ملكيته بحق الارتفاق ، فلا يعوق استعماله أو ينقصه أو يجعله أكثر

مشقة ، ومع ذلك فقد أجازت له المادة ١٠٢٣ من القانون المدنى فى حالــة ما إذا كان الموضع الذى عين أصلا لاستعمال حق الارتفاق قــد أصبح من شأنه أن يزيد فى عبء الارتفاق أو أصبح الارتفاق مانعــا مــن إحداث تحسينات فى العقار المرتفق به، أن يطلب نقل الارتفــاق إلى موضع آخر، متى كان استعمال الارتفاق فى وضعه الجديد ميسورا لمالك العقار المرتفق بالقدر الذى كان ميسورا به فى وضعه السابق ، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر ونفى عن الحق الذى تدعيه الطاعنة صفة حق الارتفاق لمجرد أنه يؤدى إلى تعطــيل حــق مالك العقار الخادم من الانتفاع بملكه ، فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون .

(طعن رقم ٣٨٩ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٦/١١/٩)

وإذا رفــض صاحب العقار المرتفق إجراء التغيير جاز إلزامه بذلك قضاء . وإنما هذا بشرط أن يكون مالك العقار الخادم قد سعى أولا فى إجراء ما يلزم للوصول إلى اتفاق ودى (١).

ويــراعى أنـــه إذا توافــرت حالة من الحالتين سالفتى الذكر ، ورفض صاحب العقار المرتفق نقل موضع الارتفاق ، كان متعسفا فى استعمال حقه (٢).

---

(١) محمد كامل مرسى ص ٤٤٧ .

(٢) توفيق فرج ص ٤٢٤ – محمد لبيب شنب ص ٢٧٩ .

وإذا تقـــرر تغيير موضع الارتفاق إلى موضع آخر سواء كان ذلـــك بالاتفاق أو بحكم القضاء ، فإن مالك العقار المرتفق به وهو صاحب المصلحة فى هذا النقل ، هو الذى يتحمل بتكاليفه (١).

وطلـــب تغيـــير الموضع الأصلى لحق الارتفاق رخصة لمالك العقـــار المـــرتفق بـــه ، ومـــن ثم لاتسقط بالتقادم . وتبقى له هذه الرخصة حتى لو كان قد نزل عنها من قبل .

٤٦٦ـ هـل يجـوز لمـالك العقـار المـرتفق تغيير محل الارتفاق ؟

رأيـــنا أن القانون أجاز لمالك العقار المرتفق به (العقار الخادم) أن يطلـــب نقـــل الارتفاق إلى موضع آخر من العقار أو إلى عقار آخـــر إذا كـــان بقاء الارتفاق فى موضعه الأصلى من شأنه زيادة العبء على العقار المرتفق به . ولكنه لم يتضمن نصا يخول مالك العقار المرتفق مثل هذا الحق .

ويذهـــب الفقه إلى عدم أحقية مالك العقار المرتفق فى ذلك لأن نقـــل موضـــع الارتفاق هو تعديل للحق نفسه وخروج على حدوده، يؤيـــد هذا أن المادة (١١٠٧) من المشروع التمهيدى (المقابلة للمادة ١٠٢٣) كانت تتضمن فى نهاية الفقرة الثانية منها العبارة الآتية : "ويصح أيضا لمالك العقار المرتفق أن يطلب تغيير الموضع المعين

---

(١) محمـــد كامل مرسى ص ٤٤٧ – توفيق فـــرج ص ٤٢٤– السنهورى ص ١٨٦٨.

لاستعمال حق الارتفاق إذا أثبت أن فى هذا التغيير فائدة محسوسة له ، دون أن يكون فيه إضرار بالعقار المرتفق به " ، ولكن هذه العبارة الأخيرة من المادة حذفت فى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ وقيل فى تبرير هذا الحذف " أن فى هذه العبارة توسعة لحق الارتفاق وهو حق ثقيل يجب أن يبقى فى حدوده الضيقة " (١).

٤٦٧ـ دعاوى مالك العقار المرتفق به :

١ـ دعوى إنكار حق الارتفاق :

وهى الدعوى التى يجوز لمالك العقار المرتفق به رفعها بطلب نفى وجود الارتفاق ، تأسيسا على أن عقاره خال من ارتفاق يدعى الغير وجوده . أو بقصد إعادة الارتفاق الموجود إلى حدوده الحقيقية وهى تقابل دعوى الإقرار بحق الارتفاق ، التى يرفعها مالك العقار المرتفق .

ويقع على عاتق مالك العقار إثبات ملكيته للعقار ، إنما لايكلف بإثبات خلو العقار من حق الارتفاق ، ذلك أن المفروض أن هذا العقار خال من حق الارتفاق ، إذ الأصل أن الملكية خالية من أى تكليف يثقلها . ويقع بعد ذلك على عاتق مدعى حق الارتفاق إثبات وجود هذا الحق على العقار ، وذلك بإثبات سببه (٢).

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ٣٥٢ – مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٦ ص ٦٤٢ ومابعدها .

(٢) السنهورى ص ١٨٦٩ وما بعدها وقارن عبد المنعم البدراوى ص٣٦٢ فهو يميز بين حالتين (الأولى) : حالة ما إذا كان المدعى عليه يستعمل

٢ـ دعاوى الحيازة :

يجوز لحائز العقار الذى يدعى الغير وجود حق ارتفاق له عليه، أن يرفع ضده كافة دعاوى الحيازة إذا توافرت شروطها . وعلى الخصوص له رفع دعوى منع التعرض لمنع الغير من التعدى على ملكه باستعمال ارتفاق غير موجود أو باستعمال الارتفاق خارج الحدود المقررة له . وذلك أيا كان نوع الارتفاق .

وقد يلجأ مدعى حق الارتفاق هو إلى رفع دعاوى الحيازة ، تأسيسا على حيازته للحق ، فإذا قضى له بالحيازة ، لايكون أمام صاحب العقار المدعى بحق الارتفاق عليه إلا رفع دعوى إنكار حق الارتفاق .

الارتفاق بالفعل أى يحوزه ، وحالة ما إذا لم يكن قد حاز الارتفاق المدعى به .

ففى الحالة التى نكون فيها، بصدد حيازة لحق الارتفاق، أى إذا كان المدعى عليه يستعمل بالفعل ارتفاقا ظاهرا، فمعنى هذا أن الظاهر يؤيده، والقاعدة أن البينة على من ادعى خلاف الظاهر . ومعنى ذلك أن على المالك المدعى أن ينفى وجود هذا الارتفاق . ولهذا نصت المادة ٩٦٤ من المجموعة المدنية على أن : " من كان حائزا للحق اعتبر صاحبه حتى يقوم الدليل على العكس " . والقاعدة الواردة فى هذه المادة يستفيد منها الحائز للشئ بصفته مالكا والحائز لحق الارتفاق كذلك .

(الثانية) : إذا لم يكن المدعى عليه يستعمل الارتفاق بالفعل أى إذا لم يكن يحوز ارتفاقا من الارتفاقات الظاهرة ، فالظاهر هنا لايؤيده هنا وإنما يؤيد المالك ، ويكون للمالك الاستناد عندئذ إلى قرينة براءة ملكيته من أى قيد أو تكليف ، ويقع عبء الإثبات عندئذ على المدعى عليه إذا البينة على من ادعى خلاف الظاهر .

مـادة (١٠٢٤)

١- إذا جـزئ العقار المرتفق بقى الارتفاق مستحقا لكل جزء منه ، على ألا يزيد ذلك فى العبء الواقع على العقار المرتفق به.

٢- غـير أنه إذا كان حق الارتفاق لايفيد فى الواقع إلا جزءا مـن هذه الأجزاء ، فلمالك العقار المرتفق به أن يطلب زوال هذا الحق عن الأجزاء الأخرى .

الشرح

حالة تجزئة العقار المرتفق :

٤٦٨ـ بقاء حق الارتفاق واقعا على كل جزء على ألا يزيد العبء الواقع على العقار المرتفق به :

إذا حصل ما يؤدى إلى تجزئة العقار المرتفق ، سواء كان ذلك نتـيجة تصـرف قـانونى بمقابل كالبيع والمقايضة والوفاء بمقابل والقسمة ، أو بغير مقابل كالهبة والوصية ، أو عن طريق الميراث. بحيـث أصـبح العقار المرتفق يملكه أكثر من مالك ، فإن الارتفاق يبقى مستحقا لكل جزء من أجزاء العقار المرتفق ، فيكون لمالك كل جـزء استعمال الارتفاق كما كان يستعمله مالك العقار المرتفق قبل تجزئته .

إلا أنـه يشترط لذلك ألايزيد ذلك فى العبء الواقع على العقار المرتفق به .

فـإذا كـان مضمون حق الارتفاق هو أخذ كمية من الرمل أو مقدار معين من الأحجار أو قطع كمية معينة من الأشجار ، وتجزأ العقـار ، لم يجز أن يكون مجموع ما يؤخذ من الرمل أو الأحجار أو يقطع من الأشجار بعد تجزئة العقار المرتفق أكثر مما كان يؤخذ أو يقطـع قبل تجزئة العقار ، ويقسم هذا المقدار على الملاك الجدد كل بنسبة قيمة الجزء الذى آل إليه (١).

وإذا كان مضمون حق الارتفاق ، المرور فى طريق معين، فإنه يتحـتم علـى المـلاك الجدد أن يستعملوه بنفس الموضع طالما أنه لايزيد من العبء على العقار المرتفق به (٢).

٤٦٩ـ طلب زوال حق الارتفاق عن أجزاء من العقار :

أجـازت الفقرة الثانية من المادة لمالك العقار المرتفق به ، إذا كان حق الارتفاق فى الواقع لايفيد إلا جزء من الأجزاء التى انقسم إلـيها العقـار المرتفق أن يطلب زوال حق الارتفاق عن الأجزاء الأخرى ومثال ذلك أن يكون مضمون حق الارتفاق هو أخذ الكمية اللازمـة مـن الأسمدة من الأرض المرتفق بها لتسميد كل الأرض المرتفقة ثم تجزأت هذه الأرض الأخيرة إلى جزئين متساويين ، فإن كـل جـزء يختص بنصف كمية الأسمدة التى كانت تؤخذ من قبل.

---

(١) السنهورى ص ١٨٤١ – اسماعيل غانم ص ٣٦ .

(٢) توفيق فرج ص ٤١٣ – عبد المنعم البدراوى ص ٣٥٣ .

فإذا كانت الأرض المرتفقة قد جزئت بين شريكين لكى يقيم أحدهما فــى الجزء الذى اختص به مصنعا ويستبقى الشريك الآخر أرضه مخصصة للزراعة كما كانت ، فإن حق الارتفاق يبقى بالنسبة لهذه الأرض الأخــيرة فــتأخذ مــن الأرض المرتفق بها مصنف كمية الأســمدة التى كانت تؤخذ من قبل . أما الجزء الذى خصص لبناء المصــنع فلم يعد فى حاجة إلى السماد لأنه لم يبق أرضا زراعية ، فــيكون لمالك العقار المرتفق به فى هذه الحالة أن يطلب زوال حق الارتفاق بالنسبة لهذا الجزء [١].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" إذا جزئ العقار المرتفق به فيبقى حق الارتفاق واقعا على كل جزء منه ، إلا إذا كان لايستعمل ، ولا يمكن استعماله ، فى الواقع، على بعض الأجزاء فيزول بالنسبة لها " [٢].

وإذا مـــا تقرر زوال حق الارتفاق عن الأجزاء الأخرى ، كان مـــن الـــلازم اتخـــاذ الإجـــراءات اللازمة لمحو التسجيل عن حق الارتفاق بالنسبة للأجزاء التى تحرر منها [٣].

---

(١) السنهورى ص ١٨٤٢ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٦ ص ٦٤٦ .

(٣) توفيق فرج ص ٤١٤ .

مـــادة (١٠٢٥)

١- إذا جــزئ العقار المرتفق به بقى حق الارتفاق واقعا على كل جزء منه .

٢- غـير أنه إذا كان حق الارتفاق لايستعمل فى الواقع على بعـض هذه الأجزاء ولا يمكن أن يستعمل عليها ، فلمالك كل جزء منها أن يطلب زوال هذا الحق عن الجزء الذى يملكه .

الشـــرح

تجزئة العقار المرتفق به :

٤٧٠ـ بقاء حـق الارتفاق واقعا على كل جزء من العقار :

إذا جزء العقار المرتفق به لأى سبب من الأسباب التى ذكرناها سـلفا ، فـإن ذلـك لايؤثر على حق الارتفاق الواقع عليه ، ويبقى محمـلا بالارتفـاق على كل جزء من أجزائه ، فإذا كان مضمون الارتفـاق عدم البناء فى الأرض المرتفق بها ، فإن الوضع لايتغير فى حالة تجزئة هذه الأرض ، حيث يظل كل جزء من هذه الأجزاء محملا بحق الارتفاق .

وإذا كان مضمون حق الارتفاق هو أخذ كمية معينة من الأحجار مـن محجـر هـو العقار المرتفق به ، وجزء هذا المحجر إلى ثلاثة أجزاء متساوية ، فإن كل جزء منه يكون محملا بحق لرتفاق هو أن يؤخذ منه ثلث كمية الأحجار التى كانت تؤخذ من المحجر كله [1].

---

(١) السنهورى ص ١٨٤٤ .

٤٧١ـ زوال حق الارتفاق عن أجزاء من العقار المرتفق به :

إذا جزئ العقار المرتفق به ، وكان حق الارتفاق بعد التجزئة لايستعمل فى الواقع على بعض هذه الأجزاء ولايمكن أن يستعمل عليها ، فقد أجازت الفقرة الثانية من المادة لمالك كل جزء منها أن يطلب زوال هذا الحق عن الجزء الذى يملكه .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"إذا جزئ العقار المرتفق به فيبقى حق الارتفاق واقعا على كل جزء منه ، إلا إذا كان لايستعمل ، ولا يمكن استعماله ، فى الواقع ، على بعض الأجزاء فيزول بالنسبة لها " (١).

ومثال ذلك أن يكون مضمون حق الارتفاق ، حق مرور من موضع معين فى الأرض المرتفق بها، أو حق شرب من مسقاة فى الأرض المرتفق بها ، أو حق اغتراف المياه من عين فى الأرض المرتفق بها ، فإن الجزء الذى وقع فيه مكان حق الارتفاق هو وحده الذى يبقى محملا بحق الارتفاق كاملا كما كان قبل تجزئة العقار المرتفق به ولمالك كل جزء آخر من الأجزاء التى لايقع فيها

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٦ ص ٦٤٦ .

مكــان الارتفاق أن يطلب زوال هذا الحق من الجزء الذى يملكه ، لأن الحق لايستعمل ولايمكن أن يستعمل فى هذا الجزء .

ولمــا كــان مــالك الجزء الذى يقع به مكان الارتفاق هو الذى تحمله وحده ، فإنه يجب على باقى ملاك أجزاء العقار تعويضه عن ذلك [١].

---

(١) السنهورى ص ١٨٤٤ وما بعدها .

مـادة (١٠٢٦)

تنــتهى حقــوق الارتفاق بانقضاء الأجل المعين وبهلاك العقار المرتفق به أو العقار المرتفق هلاكا تاما وباجتماع العقارين فى يد مالك واحد ، إلا أنه إذا زالت حالة الاجتماع هذه زوالا يرجع أثره إلى الماضى فإن حق الارتفاق يعود .

الشرح

٤٧٢ـ انتهاء حقوق الارتفاق بانقضاء الأجل المعين :

فقد رأينا أنه يمكن تحديد مدة حق الارتفاق بأجل معين.

فيجوز الاتفاق فى السند المنشئ لحق الارتفاق على أنه يدوم لمدة معينة ، وإن كان هذا نادرا .

وعلى كل حال فإنه إذا حدد للارتفاق أجل فإنه ينقضى بانقضاء هــذا الأجــل ، ولو ظل العقاران الخادم والمخدوم قائمين . فإذا لم يحــدد أجل للارتفاق فإنه يظل طالما ظل العقاران قائمين ولم تتغير الظروف .

٤٧٣ـ انتهاء الارتفاق بهلاك العقار المرتفق به أو العقار المرتفق هلاكا تاما :

ينتهى الارتفاق بهلاك العقار المرتفق أو بهلاك العقار المرتفق بـه هلاكا تاما. ذلك أن الارتفاق يفترض وجود عقارين عقار خادم وعقـار مخـدوم ، فـإذا هلك أحد العقارين هلاكا تاما انتهى حق الارتفـاق . إذ نكـون فى هذه الحالة أمام صورة استحالة استعمال الارتفاق لأنه صار غير ممكن إنفاذه لعدم وجود المحل .

والهلاك التام قد يكون ماديا كانهدام المنزل ، أو احتراقه ، وقد يكون قانونيا كنزع ملكية العقار للمنفعة العامة . وهذا هو الغالب .

أمـا إذا كـان الهلاك جزئيا ، فإن الارتفاق يظل بالنسبة للجزء الـباقى ، سواء تعلق الأمر بهلاك العقار المرتفق أو العقار المرتفق به ، لأن حق الارتفاق لايتجزأ [١].

---

(١) توفيق فرج ص ٤٢٩ هامش (٢) .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إذ كـــان الحكـــم المطعون فيه قد عرض إلى مصدر حق الطاعن محل النزاع بقوله أن منشأ هذا الحق هو عقد شرائه للعقار المجـــاور وقـــد نص فيه على حق الركوب وانتهى فى تكييفه لهذا الحق من واقع مصدره ومن العقد الصادر من وزارة الأوقاف التى تـــنظرت على الوقف المشمول بحراسة المطعون ضدها فى إحدى الفـــترات وما صرحت به هيئة التصرفات بمحكمة مصر الابتدائية الشـــرعية من إجراء فتحتين فى حوائط الدكان وفتح ثقب فى سقفه ليتمكـــن المستأجر من سلف الطاعن من الوصول إلى شقته بالملك المجـــاور إلى أنه حق ارتفاق مستندا إلى مبررات ساقها ومن شأنها أن تـــؤدى إلى النتيجة التى انتهى إليها ورتب على ذلك انتهاء حق الارتفاق بهدم العقار الخادم طبقا للمادة ١٠٢٦ من القانون المدنى ، ومـــا قالـــه الحكـــم من ذلك صحيح ولا مخالفة فيه للقانون ذلك أن لقاضـــى الموضـــوع الســـلطة التامة فى تعرف حقيقة الدعوى من وقائعهـــا ومـــن الأدلـــة المقدمة إليه فيها كما أن له تلك السلطة فى تفســـير المشارطات والعقود وسائر المحررات على حسب ما يراه أدنى إلى نية عاقديها أو أصحاب الشأن فيها مستهديا فى ذلك بوقائع الدعـــوى وظـــروفها ، ولما كان الحكم المطعون فيه قد خلص فى حـــدود ســـلطة المحكمة الموضوعية إلى تكييف ذلك الحق أنه حق

ارتفـــاق لا يتصـــور وجوده بغير العقار المرتفق ، فإنه لايكون قد خالف القانون ، ولا محل بعد ذلك للحديث عن الملكية المشتركة أو ملكية الطبقات ويكون النعى – على الحكم المطعون فيه بالخطأ فى تطبيق القانون وتأويله – على غير أساس إذ لايعدو أن يكون مجرد جدل فى حق المحكمة فىتفسير المشارطات والعقود .

(طعن رقم ٢٩٧ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٤/١٢/٩)

٢- " حق الارتفاق إذا توافر له شرطا الظهور والاستمرار بنية اســتعمال هذا الحق جاز كسبه بالتقادم إعمالا لما تنص عليه الفقرة الثانـــية مـــن المادة ١٠١٦ من القانون المدنى . وينتهى إعمالا لما تنص عليه المادة ١٠٢٦ من القانون المدنى بهلاك العقار المرتفق ".

(طعن رقم ٤٩٠ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٠/١٢/٤)

٤٧٤ ـ انـتهاء الارتـفاق باجتماعِ العقارين فى يد مالك واحد :

ينـــتهى حق الارتفاق باجتماع العقارين فى يد مالك واحد . ذلك أن الارتفـــاق – كمـــا قدمـــنا– يفترض عقارين مملوكين لشخصين مختلفيـــن . فإذا انتقلت ملكية أحد العقارين إلى مالك العقار الآخر ، أو انتقلـــت ملكـــية العقاريـــن معا إلى شخص آخر ، أيا كان سبب انـــتقالها ، انتهى الارتفاق بفقده عنصرا جوهريا فيه ، إذ لايمكن أن

يكون لمالك ارتفاق على العقار الذى يملكه . فينتهى الارتفاق باتحاد الذمة (١).

علـــى أن انـــتهاء الارتفاق باتحاد الذمة ليس انقضاء نهائيا فى جميع الأحوال ، فيصح أن يعود الارتفاق إذا انتهى اتحاد الذمة .

وهنا تفصيل فى هذه المسألة ، ونفرق بين حالتين:

(أ) إذا كـــان انتهاء اتحاد الذمة ، بانفصال ملكية العقارين له أثر رجعـــى ، كما إذا فسخ العقد الذى بمقتضاه اجتمعت ملكية العقارين فـــى يـــد شخص واحد ، بتحقق شرط فاسخ مثلا ، فإنه بسبب الأثر الـــرجعى المترتـــب على تحقق الشرط ، يعتبر أن حق الارتفاق لم ينقض ، وحينئذ يبقى .

فـــإذا اشترى مالك العقار المرتفق به العقار المرتفق ، فإن حق الارتفـــاق ينقضـــى بســـبب اتحاد الذمة . ولكن إذا فسخ البيع لعدم الوفاء بالثمن ، فإن حق الارتفاق يعود ، وبعبارة أخرى يعتبر أنه لم ينقض قط ، لأن البيع الذى أدى إلى اتحاد الذمة يعتبر غير موجود، فيزول ، ويكون لزواله أثر رجعى بسبب الفسخ، ويزول معه اتحاد الذمة .

---

(١) محمود جمال الدين زكى ص ٦٧٠- نبيل سعد ص ٢٨١ .

(ب) أمـــا إذا زال اتحــــاد الذمـــة من غير أثر رجعي فإن حق الارتفــاق لايعــود ، كما هو الحال إذا اشترى مالك العقار المرتفق العقار المرتفق به ، ثم بعد ذلك باعه لغيره [١].

وإنما قد ينشأ ارتفاق جديد بالعمل القانوني أو بتخصيص المالك، وذلـــك إذا كـــان مـــن اجتمعـــت ملكية العقارين في يده قد استبقى علاقـــة التبعـــية بينهما ، وكانت هناك علامة ظاهرة تدل على هذه التبعـــية واستمرت هذه العلاقة إلى وقت انفصال الملكية بالتصرف في أحدهما[٢] .

ولايكـــون الانقضـــاء باتحـــاد الذمة إلا بالقدر الذي لايمكن به اســـتعماله على عقار الغير . فإذا اجتمع جزء فقط من أحد العقارين مع العقار الآخر فإن حق الارتفاق يبقى .

وقد جــاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

" يـــزول حقوق الارتفاق بانقضاء أجله ويصح أن يكون مؤبدا تأبـــيد الملكية ، وبهلاك أحد العقارين ، واتحاد الذمة كما إذا اشترى صاحب أحد العقارين العقار الآخر ، ولكن إذا فسخ البيع كان لذلك أثر رجعي ويعود حق الارتفاق " [٣].

---

(١) محمد كامل مرسى ص ٤٥٨- إسماعيل غانم ص ٣٩ ومابعدها .

(٢) إسماعيل غانم ص ٤٠- عبد المنعم البداروى ص ٣٦٥.

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ٦ ص ٦٤٨ .

مـــادة (١٠٢٧)

١- تنـــتهى حقوق الارتفاق بعدم استعمالها مدة خمس عشرة ســـنة، فإن كان الارتفاق مقررا لمصلحة عين موقوفة كانت المدة ثلاثـــا وثلاثين سنة ، وكما يسقط بالتقادم حق الارتفاق يجوز كذلك بالطريقة ذاتها أن يعدل من الكيفية التى يستعمل بها .

٢- وإذا ملك العقار المرتفق عدة شركاء على الشيوع فانتفاع أحدهـــم بالارتفـــاق يقطـــع التقادم لمصلحة الباقين ، كما أن وقف الـــتقادم لمصـــلحة أحـــد هـــؤلاء الشركاء يجعله موقوفا لمصلحة سائرهم .

الشرح

٤٧٥ـ انتهاء حقوق الارتفاق بعدم الاستعمال :

ينـــتهى حق الارتفاق بعدم الاستعمال المدة القانونية وهى خمس عشـــرة سنة ، فإذا كان الارتفاق مقررا لمصلحة عين موقوفة (وقفا خيريا) كانت المدة ثلاثا وثلاثين سنة . فقد افترض القانون فى ذلك أن مالك العقار المرتفق قد نزل عن حقه ببقائه زمنا طويلا من غير أن يستعمله .

فالارتفـــاق ينـــتهى بعـــدم الاســـتعمال شأن كل الحقوق العينية المتفرعة عن حق الملكية ، وذلك على خلاف حق الملكية ذاته الذى لايسقط بعدم الاستعمال .

وعـــدم الاستعمال معناه التقادم المسقط ، وسمى بعدم الاستعمال لأنـــه يسقط الحقوق العينية كحق الارتفاق وحق الانتفاع ، فإذا كان يسقط الحقوق الشخصية فإنه يسمى بالتقادم المسقط .

وتســقط كافـــة حقــوق الارتفاق بعدم الاستعمال ، سواء كانت قانونية أم اتفاقية (١). ارتفاقات مستمرة أو غير مستمرة ، ظاهرة أو غـــير ظاهرة، إيجابية أو سلبية ، وهذا بخلاف التقادم المكسب لحق الارتفاق ، فإنه لا يكون إلا بالنسبة لحقوق الارتفاق الظاهرة (٢).

ويســقط حــق الارتفـــاق بعدم الاستعمال ، أيا كان سبب عدم الاســتعمال ، فيستوى أن يكون عدم الاستعمال بإرادة مالك العقار المــرتفق ، أو بالرغم منه ، كما لو كان مالك العقار المرتفق به أو شـــخص من الغير هو الذى منع مالك العقار المرتفق من استعمال الارتفاق ، أو حتى لو كان عدم الاستعمال راجعا إلى استحالة مادية أو قـــوة قاهرة ، كما إذا نضب معين العين التى تغترف منها المياه. وقـــد يـــتعارض هـــذا مـــع ما افترضه القانون من أن مالك العقار المرتفق قد نزل عن حقه، إذا بقى زمنا طويلا من غير أن يستعمله. وهذا السبب لايوجد إلا فى حالة عدم الاستعمال الاختيارى – إلا أن

---

(١) توفيق فرج ص ٩٣١ هامش (٢) .

(٢) محمد كامل مرسى ص ٤٦١ – عبد المنعم البدراوى ص ٣٦٧

الحكم ينطبق أيضا فى حالة عدم الاستعمال القهرى ، لأن القانون[١] لايفرق .

ومما يدل على أن عدم الاستعمال يؤدى إلى سقوط الارتفاق بمضى المدة حتى لو كان راجعا إلى استحالة مادية ، نص القانون نفسه ، فالمادة ١٠٢٨ مدنى بعد أن قررت أن استحالة استعمال الارتفاق تنهى الارتفاق ، أضافت فى فقرتها الثانية أن الاستحالة إذا زالت وعادت الأشياء إلى وضع يمكن معه استعمال حق الارتفاق عاد هذا الحق " إلا أن يكون قد انتهى بعدم الاستعمال"، فيستفاد من هذا النص أن استحالة استعمال الارتفاق يترتب عليها سقوطه بعدم الاستعمال متى مضت عليه المدة القانونية [٢].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" من المقرر قانونا بالمادة ١٠٢٧ من القانون المدنى انتهاء حق الارتفاق بعدم استعمال مدة خمس عشرة سنة وكانت الطاعنة قد تمسكت فى جميع مراحل الدعوى بأنه قد مضى على إقامة المبنى محل النزاع ما يزيد على خمس عشرة سنة سابقة على رفع الدعوى بما يسقط حق المطعون ضدها فى إقامتها ودللت على ذلك بورودها ضمن كشف المشتملات الرسمى فى سنة ١٩٦٣وبعدم صحة ما

(١) محمد كامل مرسى ص ٤٦٠ ومابعدها- عبد المنعم البدراوى ص٣٦٧- السنهورى ص ١٨٨٠ .

(٢) عبد المنعم البدراوى ص ٣٦٧ ومابعدها .

نســب إلــيها مــن بنائها فى سنة ١٩٧٨ بدليل الحكم ببراءتها فى الجنحة التى أقيمت عليها فى هذا الخصوص .

وهــو دفــاع جوهــرى يتغير بثبوته وجه الرأى فى الدعوى ، ولايكفــى لرفضــه مــا ورد بتقرير الخبير الذى أحال إليه الحكم المطعــون فــيه من أن ما ورد بكشف الجرد فى سنة ١٩٦٣ كان حجــرة واحدة ومرحاضا بينما الموجود حاليا غرفتان الغرفة الثانية تعلــو الأولــى، ذلــك أن حق الارتفاق يتعطل استعماله منذ إنشاء الحجرة السفلى والمرحاض بغض النظر عن تاريخ تعديل أو تعلية البــناء وكــان الحكم المطعون فيه لم يعرض لهذا الدفاع الجوهرى فإنه يكون معيبا بالقصور ".

(طعن رقم ١٣٥٣ لسنة ٥٢ ق جلسة ١٩٨٣/١١/٣)

٤٧٦ـ مدة عدم الاستعمال :

مدة سقوط حق الارتفاق بعدم الاستعمال خمس عشرة سنة، أما إذا كــان الارتفــاق مقررا لمصلحة عين موقوفة كانت المدة ثلاثا وثلاثين سنة ، وذلك رعاية للوقف (الوقف الخيرى الآن).

أمــا إذا كان الارتفاق مقررا على أرض موقوفة – فى الحالات الــتى يجوز فيها ذلك – زال بعدم الاستعمال خمس عشرة سنة إذا كان العقار المرتفق عينا غير موقوفة [١].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٦ ص ٤٣١ – محمد كامل مرسى ص ٤٥٩ – توفيق فرج ص ٤٣١ هامش (٣) .

ولايجــوز أن يســقط حق الارتفاق بالتقادم الخمسى . فلو حاز العقــار المــرتفق به شخص غير مالكه وتوفرت له جميع الشروط الــتى تــؤدى إلى كسب الملكية بالتقادم الخمسى ، فإنما هو يكتسب العقــار بمــا علــيه من حق ارتفاق . وعدم استعمال مالك العقار المــرتفق لحــق الارتفــاق لايســقط حقه إلا إذا مضى على عدم الاستعمال مدة خمس عشرة سنة (١).

٤٧٧ـ حساب مـدة التقـادم :

مــدة التقادم المسقط تبدأ فى السريان من الوقت الذى ينقطع فيه الاســتعمال . ويفــرق فى هذا الخصوص بين الارتفاقات المستمرة والارتفاقات غير المستمرة .

فبالنســبة للارتفاقات غير المستمرة ، وهى التى لابد لاستعمالها مــن عمــل متجدد ، يبدأ احتساب مدة التقادم المسقط من آخر عمل من أعمال الاستعمال ، فبالنسبة لحق المرور يبدأ احتساب المدة من آخر مرة تم فيها المرور بالفعل .

أمــا بالنســبة للارتفاقــات المستمرة وهى التى لاتقتضى عملا مــتجددا لاســتعمالها ، كالارتفــاق بالمطل والارتفاق بعدم تجاوز ارتفاع معين فى البناء ، فإن مدة التقادم المسقط تبدأ من الوقت الذى يقــع فــيه عمل مخالف لحق الارتفاق ، كما لو سدت الفتحات التى

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ٣٦٨ .

تطل على العقار المرتفق به ، أو أقيم بناء بالعقار المرتفق به يزيد ارتفاعه على الحد الأقصى . ولكن من الواضح أنه فى الحالة التى يكـــون فـــيها الارتفـــاق المستمر لم يستعمل اصلا فإن مدة التقادم المســـقط يبدأ سريانها فى الحال ، أى من يوم نشأة الارتفاق . مثال ذلـــك حالـــة ما إذا لم يقم مالك العقار المرتفق بفتح المطلات التى يخوله حق الارتفاق فتحها [١].

وتســـرى علـــى التقادم المسقط لحق الارتفاق قواعد الانقطاع والوقـــف الـــتى نصـــت علـــيها المواد ٣٨٢ ومابعدها فى الفصل الخاص بالتقادم المسقط للالتزام . وذلك فى الحدود التى لاتتعارض فيها هذه القواعد مع طبيعة حق الارتفاق .

فيـــنقطع التقادم بأى عمل من أعمال الاستعمال ، كالمرور على العقار المقرر عليه ارتفاق بالمرور ولايشترط أن يصدر هذا العمل مـــن المالك ، فيصح أن يصدر من المستأجر أو المنتفع أو حتى من زوار المـــالك . أو بأن يطالب مالك العقار المرتفق مطالبة قضائية بإزالة ما بناه مالك العقار المرتفق به مخالفا ما اتفق عليه من قيود. ويـــنقطع أيضا باعتراف مالك العقار المرتفق به بحق الارتفاق قبل استكمال المدة .

---

(١) اسماعيل غانم ص ٤١ – محمود جمال الدين زكى ص ٦٧٣ ومابعدها.

وقـــد تعرضـــت الفقرة الثانية من المادة لحالة ما إذا كان العقار المـــرتفق مملوكا لعدة شركاء على الشيوع فنصت على أن "انتفاع أحدهم بالارتفاق يقطع التقادم لمصلحة الباقين ، كما أن وقف التقادم لمصـــلحة أحـــد هـــؤلاء الشركاء يجعله موقوفا لمصلحة سائرهم" وتفســـير هذه القاعدة أن الارتفاق لايقبل التجزئة ، فإذا كان باقيا لم يســـقط فإنه يبقى بأكمله . وهذا من شأنه أن يؤدى إلى عدم سقوطه بصـــفة جزئـــية بالنسبة لبعض أجزاء العقار دون البعض الآخر ، سواء كان هذا لصالح العقار الخادم أم على حساب العقار المخدوم. ولهـــذا إذا ظـــل أحد الشركاء فى الشيوع ينتفع به كان هذا قاطعا للـــتقادم لمصلحة الباقين فلا يسقط بالنسبة لهم من جهة أخرى فإنه فـــى حالـــة وقف التقادم لمصلحة أحدهم فقط ، فإنه يصير موقوفا لمصلحة الباقين نظرا لعدم التجزئة .

وكذلـــك إذا كان بين الشركاء قاصر ليس له نائب ، فإن التقادم يوقـــف بالنسبة له وكذلك يوقف بالنسبة للآخرين كما يقع ذلك أيضا بيـــن المدينين المتضامنين ويسرى الحكم المذكور ولو تمت القسمة ووقـــع العقـــار المرتفق جميعه فى نصيب شريك آخر غير الشريك الـــذى انـــتفع وحـــده بالارتفـــاق أو أوقف التقادم بسببه ، ولايجوز الاســـتناد إلـــى الأثر الرجعى للقسمة للقول بأن من وقع العقار فى نصيبه يعتبر أنه كان مالكا له وحده من بدء الشيوع ، وأنه بناء على

ذلـك يعتـبر الـتقادم المسقط قد سرى فى مواجهته بغير وقف أو انقطاع . ذلك أنه يجب استبعاد المادة ٨٤٣ مدنى فى كافة الأحوال التى لايكون الأمر فيها متعلقا بحماية الشريك من تصرفات شريكه أثناء الشيوع (١).

وإذا اكتملت مدة التقادم سقط حق الانتفاع بعدم الاستعمال إلا إذا لـم يعـترض صـاحب العقـار المرتفق به على ذلك وفسر عدم اعتراضه على أنه نزول منه عن حقه فى التمسك بالتقادم .

ولايمـنع من سقوط حق الارتفاق بعدم الاستعمال من أن يعود صـاحب الحق المرتفق إلى استعمال حق الارتفاق من جديد ، وأن يستكمل مدة التقادم ، فيتملكه ثانية بالتقادم (٢).

٤٧٨ـ عدم الاستعمال الجزئى :

إذا كـان عدم استعمال حق الارتفاق جزئيا ، فإن حق الارتفاق ينقضـى بمقـدار الجـزء الذى لم يستعمل ، إذا مضت على عدم استعماله المدة القانونية (٣).

---

(١) اسـماعيل غانم ص ٤٣ – السنهورى ص ١٨٨٣– محمد كامل مرسى ص ٤٦٥ .

(٢) السنهورى ص ١٨٨٣– محمود جمال الدين زكى ص ٦٧٤ .

(٣) محمد كامل مرسى ص ٤٦٦ .

٤٧٩ـ إثبات عدم الاستعمال :

إثــبات عدم استعمال الحق فى الارتفاق مدة خمس عشرة سنة يكــون على مالك العقار المرتفق به إذا كان الارتفاق مستمرا، لأن عــدم الاســتعمال يفــترض عمــلا مخالفا للارتفاق . أما إذا كان الارتفــاق غير مستمر فإن مالك العقار المرتفق هو الذى يقع على عاتقه عبء إثبات استعماله الحق .

ويجــوز إثــبات عــدم الاســتعمال ، وكذلك الأفعال الخاصة بالاستعمال بكافة طرق الإثبات بما فيها البينة والقرائن [١].

٤٨٠ـ تعديـل الكيفـية الـتى يسـتعمل بهـا حق الارتـفاق بالتقادم :

بعــد أن نصــت الفقــرة الأولــى من المادة على انتهاء حقوق الارتفاق بعدم الاستعمال المدة القانونية أردفت " وكما يسقط بالتقادم حــق الارتفاق يجوز كذلك بالطريقة ذاتها أن يعدل من الكيفية التى يستعمل بها " .

فكمــا يــؤدى عدم الاستعمال إلى سقوط الارتفاق بالتقادم. فإن التقادم قد يؤدى أيضا إلى التعديل فى الكيفية التى يستعمل بها .

ويجب هنا التمييز بين حالتين :

---

(١) محمد كامل مرسى ص ٤٦١ وما بعدها – محمود جمال الدين زكى ص ٦٧٤ وما بعدها .

(الحالــة الأولــى) أن يكـون صاحب حق الارتفاق قد استعمله اسـتعمالا جزئـيا وفقا لحاجاته دون أن يعوقه عن الاستعمال الكلى عائق .

ومــثال ذلك أن يتقرر لمالك ارتفاقا بالمرور على أرض الغير، وكــان هذا المرور يتضمن المرور راجلا وبدوابه وعرباته . ولكنه اقتصـــر مدة خمس عشرة سنة على المرور راجلا فقط لعدم حاجته إلـــى مـــرور دوابه وعرباته فإنه لايترتب على ذلك تضييق نطاق الارتفاق ومنعه من المرور بدوابه وعرباته متى شاء [١].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"لاتزول يد صاحب الحق على العين بمجرد سكوته عن الانتفاع بهــا ، بــل يجب لذلك أن تكون قد اعترضتها يد للغير تتوافر فيها الشــروط القانونــية . فــإذا كان صاحب الارتفاق على مروى لم يستعمل حقه فى الرى منها منذ عشر سنوات فإن مجرد هذا الترك للاســتغناء لا يكــون له تأثير فى وضع يده عليها . وإذن فمحاولة صــاحب الأرض الــتى تمــر فيها المروى إقامة سور عليها تعد تعرضا ليد صاحب الارتفاق معطلا لحقه " .

(طعن رقم ٧٧ لسنة ١٠ ق جلسة ١٩٤١/٢/١٣)

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ٣٧٠ .

(الحالــة الثانــية) أن يكون قد قام عائق مادى دون الاستعمال الكلـــى، كتضييق الطريق بشكل يمنع مرور الدواب والعربات- فى المــثال السابق - فاضطر صاحب حق المرور أن يمر ماشيا على الأقــدام مــدة خمس عشرة سنة . فإن حق المرور يضيق ويصبح مقصورا على مرور المشاة دون مرور الدواب والعربات .

وكما يضيق نطاق الارتفاق ، فإن نطاقه يصح أن يتسع بالتقادم المكســب متى توافرت شروطه . فإذا كان حق المرور ينحصر فى المــرور ماشيا ، ولكن صاحب الحق استعمل الطريق للسير بدوابه وعــرباته لمدة خمس عشرة سنة ، فإن حق المرور يكون قد اتسع ليشــمل السير بالدواب والعربات فى وقت واحد. وإذا كان الارتفاق بــالمطل يخــول الحــق فى فتح ثلاث نوافذ على ملك الجار ولكن صــاحبه قــام بفتح أربع نوافذ واستمر ذلك خمس عشرة سنة فإن نطاق حق ارتفاقه يتسع ليشمل فتح النوافذ الأربع [١].

وقد جاء بمذكرة المشروع التهيدى أنه :

" وكمايزول حق الارتفاق بالتقادم يجوز أيضا أن يتعدل بالتقادم، كأن يستعمل حق المرور على وجه أقل أو أكثر مما هو ثابت بسنده، فينقضى الحق بالتقادم المسقط أو يزيد بالتقادم المكسب " [٢].

---

(١) الســنهورى ص ١٨٨٤ - عبــد المنعم البدراوى ص ٣٧٠- نبيل سعد ص ٢٨٢ وما بعدها .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جــ٦ ص ٦٥٠ .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إن مجرد تعديل حالة الأمكنة أو طبيعة الأعمال المعدة لضمان اســتعمال الارتفاق لايترتب عليه قانونا زوال حق الارتفاق إذا كان ذلــك لــم يتــناول إلا طريقة الاستعمال فقط ولم يتعداها إلى الحق نفسه".

(طعن رقم ٨ لسنة ١١ ق جلسة ١٩٤١/٤/٢٤)

مــادة (١٠٢٨)

١- ينــتهى حق الارتفاق إذا تغير وضع الأشياء بحيث تصبح فى حالة لايمكن فيها استعمال هذا الحق .

٢- ويعــود إذا عــادت الأشياء إلى وضع يمكن معه استعمال الحق، إلا أن يكون قد انتهى بعدم الاستعمال .

الشــرح

٤٨١ـ استحالة الارتفـاق :

يــتهى حــق الارتفاق إذا استحال استعماله بسبب تغير طارئ يتعلق بوضع الأشياء ، سواء فى العقار المرتفق (المخدوم) ، أم فى العقار المرتفق به (الخادم) .

واستحالة استعمال حق الارتفاق قد تكون نتيجة لبعض ظروف ماديــة تقع للعقار المرتفق أو للعقار المرتفق به . ويترتب عليها أن يصبح استعمال الارتفاق مستحيلا أو بدون فائدة ما .

ومــثل ذلك أن تتحول الأرض الزاعية التى لها ارتفاق بالشرب أو بالمجرى أو بالمسيل إلى أرض للبناء ، أو تنضب البئر أو العين الــتى تقرر عليها ارتفاق الشرب ، أو كان الارتفاق ارتفاقا بالمطل، وهــدم المنزل المرتفق فانهدمت بهدمه النافذة التى كانت تطل على العقــار المرتفق به وأعيد بناؤه على نحو لم يعد فيه مطل . أو إذا

كان الارتفاق ارتفاقا بالمرور ، ثم انحبس العقار المرتفق به فأصبح لا يمكن الوصول منه إلى الطريق العام .

وقــد يكون السبب فى هذه الاستحالة حادثا جبريا أو قوة قاهرة، كأن تغمر مياه الفيضان أرضا مقررا عليها حق ارتفاق بالمرور أو المجرى .

وقــد يــرجع سبب الاستحالة إلى فعل مالك العقار المرتفق أو مالك العقار المرتفق به أو إلى فعل الغير [1].

والاستحالة التى ينتهى بها حق الارتفاق هى الاستحالة التامة أو المطلقــة ، فلا يعتبر من قبيل الاستحالة ما قد يؤدى إلى أن يصبح استعمال الارتفاق أكثر مشقة ، أو أقل نفعا [2].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" الــنص فــى المادة ١٠٢٨ من القانون المدنى على أن "(١) ينــتهى حق الارتفاق إذا تغير وضع الأشياء بحيث تصبح فى حالة لايمكن فيها استعمال هذا الحق . (٢) ويعود إذا عادت الأشياء إلى وضــع يمكــن معــه اســتعمال الحق إلا أن يكون قد انتهى بعدم الاستعمال" ، إنما يدل فى فقرته الأولى على أن حق الارتفاق ينتهى إذا أصــبح من المستحيل استعماله استحالة مطلقة وذلك نتيجة تغير

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ٣٧١- توفيق فرج ص ٤٣٣ .

(٢) السنهورى ص ١٨٨٧- نبيل سعد ص ٢٨٤- محمد لبيب شنب ص ٤٣١.

حـــدث فـــى العقـــار المرتفق (المخدوم) أو فى العقار المرتفق به (الخادم) كهلاك أيهما مثلا على النحو المبين بالمادة ١٠٢٦ من ذات القانون وسواء كانت هذه الاستحالة من حادث فجائى أو قوة قاهرة أو كانت من فعل صاحب العقار المرتفق أو صاحب العقار المرتفق بــــه أو كانـــت من فعل الغير ، وإذ كان مفاد الفقرة الثانية من نص المـــادة ١٠٢٨ المشار إليه أن يعود الارتفاق إذا عادت الأشياء إلى وضـــع يمكن معه استعمال الحق حتى ولو لم تكن الأمور قد عادت إلى وضعها الأصلى تماماً مادامت فى وضع يمكن معه العودة إلى اســـتعمال هذا الحق إلا أنه يلزم فى هذه الحالة ألا يكون الاستعمال أكثر مشقة " .

(طعن رقم ٣٧٥٤ لسنة ٦٢ ق جلسة ١٩٩٩/٢/١٨ – لم ينشر بعد)

٤٨٢ـ عودة حق الارتفاق :

تـــنص الفقـــرة الثانـــية من المادة على أنه : " ويعود (أى حق الارتفـــاق) إذا عادت الأشياء إلى وضع يمكن معه استعمال الحق ، إلا أن يكون قد انتهى بعدم الاستعمال ".

ومفـــاد ذلك أن حق الارتفاق يعود إذا عادت الأشياء إلى وضع يمكـــن معه استعمال الحق . وليس من الضرورى أن تعود الأشياء إلـــى وضـــعها الأصلى ، بل يكفى أن ترجع إلى وضع يمكن معه

العــودة إلى استعمال حق الارتفاق . ويلزم فى هذه الحالة ألا يكون الاستعمال أكثر مشقة (١).

وبــناء علـــى ذلك إذا انهدم العقار المرتفق بحق مطل ، وأعيد بناؤه ، فإن هذا الارتفاق بالمطل يعود للعقار الجديد ، أو بعبارة أدق يمكن استعماله لخدمة العقار الجديد .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" تنص الفقرة الأولى من المادة ١٠٢٨ من القانون المدنى على أن حــق الارتفــاق ينتهى إذا تغير وضع الأشياء بحيث تصبح فى حالـــة لا يمكن فيها استعمال هذا الحق ومن ثم فإذا كان الثابت من الأوراق أن مــنزل الطاعــن الذى كان مقرراً لصالحه حق ارتفاق المطــل- قــد هــدم وأعيد بناؤه بوضع أصبح معه لايحتوى على مطــلات أو مــناور وأصــبح فى حالة لايمكن معها استعمال حق المطــل وكــان المطعون فيه قد أقام قضاءه على أساس زوال ذلك الحق فإنه لا يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون " .

(طعن رقم ١١١ لسنة ٢٦ ق جلسة ١٩٦١/١٢/١٤)

غــير أنه يلاحظ أن عودة حق الارتفاق يجب أن تقدر بقدرها، وأن تتقــيد بمضــمون الارتفــاق الأصــلى . وهذا بدهى فإذا كان

(١) السنهورى ص ١٨٨٧ – توفيق فرج ص ٤٣٤ وما بعدها .

الارتفاق الأصلى لايستفيد منه إلا الطابق الأرضى فى العقار القديم، فلا يجوز تقريره لكافة الطوابق التى تعلو هذا الدور [(١)].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " من المقرر أنه إذا انهدم العقار القديم وأعيد بناؤه فإن حق الارتفاق بالمطل يعود للعقار الجديد " مادة ١٠٢٨ مدنى" إلا أن هذه العودة يجب أن تقدر بقدرها وأن تتقيد بمضمون الارتفاق الأصلى- وإذ كان الثابت أن الارتفاق الأصلى بالمطل لايجاوز الدور الأرضى من العقار القديم فإن الحكم المطعون فيه بتقريره حق المطل لكافة الطوابق التى تعلو الدور الأرضى من عقار المطعون ضده الجديد يكون قد خالف القانون " .

(طعن رقم ٢٨١ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧٢/٤/٨)

٢- " إذ خلص (الحكم) إلى أن عقار المطعون ضدهم المقرر لصالحهم حق الارتفاق قد هدم وأعيد بناؤه بوضع أصبح معه فى حالة يمكن معها استعمال هذا الحق وذلك دون أن يبين كيف يستقيم هذا القول الذى انتهى إليه من إمكان استعمال حق الركوب مع خلو الأوراق ومنها تقرير الخبير مما يفيد ذلك وبالتالى يكون قد افترض هذا الأمر افتراضا دون أن يقيم عليه الدليل أو يبين المصدر الذى استقاه منه ومع إنكار الطاعنين له لدى محكمة الموضوع بدرجتيها

(١) محمد لبيب شنب ص ٤٣٣ وهامش (٤٤) .

ممـــا يجعل الأسباب التى أقيم عليها بها ثغرة يتطرق منها التخاذل إلى مقومات الحكم بحيث لايتماسك معها قضاؤه " .

(طعن رقم ٣٧٥٤ لسنة ٦٢ ق جلسة ١٩٩٩/٢/١٨- لم ينشر بعد)

ويذهـــب الفقه – بحق- إلى أن التعبير " بإنتهاء حق الارتفاق" وبعودتـــه إذا عـــادت الأشياء إلى وضع يمكن معه استعمال الحق (فقـــرة ثانـــية من المادة) ليس بالتعبير الدقيق . والصحيح أن حق الارتفاق لاينتهى ، بل يوقف استعماله إلى أن تزول هذه الاستحالة، فإذا مازالت عاد استعماله إلى ما كان عليه ولكن حق الارتفاق نفسه يستمر باقيا ، فهو لم يزل حتى يعود. وإذا كان حق الارتفاق ينتهى إذا اســـتمرت اســـتحالة اســـتعماله خمس عشرة سنة – فليست هذه الاســـتحالة هـــى ســـبب انتهائه بل ينتهى بعدم الاستعمال طيلة هذه المدة[١].

إنمـــا إذا استمر المانع الذى أدى إلى استحالة استعمال الارتفاق مـــدة خمس عشرة سنة سقط الارتفاق ، ولايمكن أن يعود حتى لو عـــادت الأشـــياء إلى وضعها القديم بعد مضى هذه المدة . وسبب الانقضاء هنا ليس هو الاستحالة وإنما هو عدم الاستعمال أى التقادم المسقط . فإذا مضت مدة خمس عشرة سنة من وقت قيام الاستحالة

---

(١) السـنهورى ص ١٨٨٦ وما بعدها – عبد المنعم البدراوى ص ٣٧٩ – محمود جمال الدين زكى ص ٦٧٨ – توفيق فرج ص ٤٢٤ وما بعدها .

انقضـــى الارتفاق نهائيا ، ما لم يكن التقادم قد أوقف أو انقطع لأى ســبب مــن الأســباب وفقا للمبادئ العامة . وهو ينقطع على وجه الخصــوص بإقــرار صادر من مالك العقار المرتفق به أوبدعوى تثبت الحق (دعوى الاعتراف) (١).

(١) الســنهورى ص ١٨٨٨ – عبد المنعم البدراوى ص ٣٧١ وما بعدها– توفــيق فــرج ص ٤٣٤ . فيذهــبان إلى وقف التقادم خلال المدة التى يستحيل فيها استعمال الارتفاق.
وقــد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :
" ينــتهى حــق الارتفاق إذا تغير وضع الأشياء بحيث تصبح فى حالة لايمكن فيها استعمال الحق ، كما إذا انحبس العقار الذى تقرر عليه حق المــرور لمصلحة عقار آخر فأصبح لايمكن الوصول منه إلى الطريق العام. فإذا عاد العقار المرتفق به إلى حالته الأولى متصلا بالطريق العام عاد حق الارتفاق ، إلا أن يكون قد مضى على عدم استعماله المدة التى يسقط بها ، ولايحسب فى هذه المدة الوقت الذى تعذر فيه استعمال حق المرور بسبب حبس العقار المرتفق به ".

مــادة (١٠٢٩)

لمالك العقار المرتفق به أن يتحرر من الارتفاق كله أو بعضه إذا فقــد الارتفاق كل منفعة للعقار المرتفق ، أو لو لم تبق له غير فــائدة محــدودة لاتتناســب البــتة مــع الأعــباء الواقعــة على العقارالمرتفق به .

الشــرح

٤٨٣ـ انعدام الفائدة من حق الارتفاق :

أجازت المادة لمالك العقار المرتفق به التحرر من الارتفاق كله أو بعضه فى حالتين :

الأولى : إذا فقد الارتفاق كل منفعة للعقار المرتفق . ذلك أنه إذا انعدمت تلك الفائدة لم يكن هناك مبرر لوجود الارتفاق . مثال ذلك: إذا كان مضمون حق الارتفاق ، الارتفاق بالشرب لأرض زراعية ثــم تحولت إلى أرض بناء ، أو يكون حق الشرب مشترطا فيه أن يحصــل مــالك المورد على حاجته من الماء أولاً ، وحدث أن قل الماء بحيث لم يعد يكفى سوى مالكه ، فهنا يصبح الارتفاق المقرر على هذا المورد بدون أية فائدة لمالك العقار المرتفق [١].

---

(١) توفيق فرج ص ٤٣٦- اسماعيل غانم ص ٤٠ .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" وحيث إن مما ينعاه الطاعن على الحكم المطعون فيه القصور فى التسبيب بيان ذلك يقول إنه تمسك أمام محكمة الموضوع بدفاع حاصله انتهاء الارتفاق لانعدام الفائدة منه تطبيقا لحكم المادة ١٠٢٩ مـن القانون المدنى لما ثبت من تقرير خبير الدعوى أن المطعون علـيه أعـاد بـناء منزله وفتح به مطلا على الطريق العام لم يكن موجودا من قبل بما يغنى عن المطل موضوع النزاع غير أن الحكم المطعـون فـيه أغفل بحث هذا الدفاع الجوهرى ولم يرد عليه بما يعيبه ويستوجب نقضه .

وحيـث إن هذا النعى فى محله ، وذلك أن المقرر- فى قضاء هذه المحكمة- أن إغفال الحكم بحث دفاع أبداه الخصم يترتب عليه بطـلان الحكم إذا كان هذا الدفاع جوهريا ومؤثرا فى النتيجة التى انتهت إليها المحكمة إذ يعتبر ذلك الإغفال قصورا فى أسباب الحكم الواقعـية بما يقتضى بطلانه ، وأنه يترتب على رفع الاستئناف نقل موضـوع الـنزاع برمته إلى محكمة الاستئناف بما سبق أن أبداه المسـتأنف علـيه أمـام محكمة أول درجة من دفوع وأوجه دفاع وتعتبر هذه وتلك مطروحة أمام محكمة الاستئناف ويتعين عليها أن تفصـل فـيها ولو لم يعاود المستأنف عليه التمسك بها طالما أنه لم يتنازل عنها ، وكان مفاد نص المادة ١٠٢٩ من القانون المدنى أن

حق الارتفاق يجوز التحرر منه إذا فقد كل منفعة للعقار المرتفق أو أصـــبحت فائدته محدودة لاتتناسب البتة مع العبء الذى يلقيه على العقـــار المرتفق به . ففى هذه الحالة يجوز لمالك العقار المرتفق به أن يطلـــب التخلص من حق الارتفاق وتحرير عقاره منه ولو دون موافقـــة صـــاحب العقـــار المرتفق . لما كان ذلك وكان البين من الأوراق أن الطاعـــن - فـــى مذكرتى دفاعه المقدمتين أمام محكمة أول درجـــة بـــتاريخ ١٩٨٨/١/٢٣، ١٩٨٨/١٠/٢٩ تمسك بتطبيق حكـــم المـــادة ١٠٢٩ من القانون المدنى لانعدام الفائدة من المطل موضـــوع الـــنزاع على سند من أن المطعون عليه فتح نافذة على الشـــارع الرئيســـى بذات الحجرة التى يطالبه بحق المطل لها، ولم يثبـــت من الأوراق أنه تخلى عن هذا الدفاع أو تنازل عنه ومن ثم يبقى مطروحا على محكمة الاستئناف لتقول فيه كلمتها . لما كان ما تقـــدم- وكـــان يبين من الحكم المطعون فيه أنه - قد قضـى بإلغاء الحكـــم الابـــتدائى وبإزالة المبانى التى أقامها الطاعن وتحول دون انـــتفاع المطعـــون عليه بحق الارتفاق على عقار الطاعن- لم يشر إلـــى هـــذا الدفاع والتفت عن تناوله بما يقتضيه من البحث ولم يرد علـــيه ، وكان هذا الدفاع جوهريا قد يتغير بتحقيقه وجه الرأى فى الدعوى ، فإن الحكم يكون معيبا بما يوجب نقضه لهذا السبب دون حاجة لبحث باقى أسباب الطعن) .

(طعن رقم ١٥٦ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩٠/١٠/٢١)

الثانـــية : إذا لم تبق للارتفاق غير فائدة محدودة لاتتناسب البتة مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به .

ففى هذه الحالة لاتنعدم الفائدة من الارتفاق، ولكنها تتضاءل إلى حـــد كبـــير ، بعد التغيير الذى يطرأ على العقار المرتفق ، بحيث لاتتناســـب مع العبء الذى يرد على العقار المرتفق به ، كأن تشق تـــرعة بجـــوار أرض زراعية فيصبح حق المجرى الذى لها على الأرض المجاورة من الناحية الأخرى غير ذى أهمية .

أو إذا كـــان الارتفاق حق مرور ثم تيسر للعقار المرتفق طريق آخـــر أطول قليلا من الطريق الذى يمر خلال العقار المرتفق به ، فهـــنا يكون للارتفاق بالمرور فائدة ولكنها فائدة محدودة لأن الفرق بين الطريقين فى الطول فرق ضئيل . فلا يكون هناك تناسب بينها وبين الأعباء التى يلقيها وجود الارتفاق على العقار المرتفق به .

ذلـــك أن مـــن تقـــرر الارتفاق لصالح عقاره يكون متعسفا فى اســـتعمال حقه إذا أصر على إبقاء الارتفاق فى ظل هذه الظروف ، ولهـــذا تطـــبق أحكـــام التعسف فى استعمال الحق التى تقضى بها القواعد العامة .

ويـــبدو مـــن نص القانون أن فقدان منفعة الارتفاق لايؤدى إلى انـــتهاء الارتفـــاق بقوة القانون ، وإنما ينشئ رخصة لمالك العقار

المـــرتفق بـــه تخوله أن يتحرر من الارتفاق . ويتم هذا التحرر إما بالتراضـــى مـــع مـــالك العقار المرتفق ، وإما بحكم من القضاء . ويجـــوز للقاضى عندما يحكم بتحرير العقار من الارتفاق أن يقضى بـــتعويض لمـــالك العقار المرتفق إن وجد محلا لذلك . كما لو كان منفعة الارتفاق لم تنتف كلية . وإنما نقصت [١].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ينتهى حق الارتفاق أخيرا إذا لم يصبح له فائدة ، أو أصبحت فائدته محدودة لاتتناسب مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به، كمـــا إذا كـــان الارتفـــاق حق مرور وانفتحت للعقار المرتفق سبل أخـــرى إلـــى الطريق العام أقرب وأيسر ، فيجوز لصاحب العقار المـــرتفق بـــه ، فـــى هذه الحالة، أن يطلب تحرير عقاره من حق الارتفاق، علىأن يدفع تعويضا مناسبا إذا كان هناك محل لذلك "[٢].

وقد طبق المشرع هذه القاعدة فى حالة تجزئة القعار المرتفق ، فقـــد نصت المادة ٢/١٠٢٤- كما رأينا- على أنه : " إذا كان حق الارتفاق لايفيد فى الواقع إلا جزءا من هذه الأجزاء ، فلمالك العقار المـــرتفق بـــه أن يطلـــب زوال هذا الحق عن الأجزاء الأخرى "، وطـــبقها أيضـــا فـــى حالة تجزئة العقار المرتفق به فنصت المادة

---

(١) مذكرة المشروع التمهيدى جـــ٦ ص ٦٥٣- محمد لبيب شنب ص ٤٣٣ - محمود جمال الدين زكى ص ٦٧٩ - عبد المنعم البدراوى ص٣٦٦.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ٦ ص ٦٥٣ .

٢/١٠٢٥ على أنه " إذا كان حق الارتفاق لايستعمل فى الواقع على بعـض هذه الأجزاء ، ولايمكن أن يستعمل عليها ، فلمالك كل جزء منها أن يطلب زوال هذا الحق عن الجزء الذى يملكه " .

وقد تناولنا هذين النصين بالشرح تفصيلا فيما سلف .

٤٨٤ـ النزول عن حق الارتفاق :

تقضى القواعد العامة بانتهاء حق الارتفاق بنزول صاحب الحق فـى الارتفاق عن حقه . وهذا النزول يتم بالإرادة المنفردة لصاحب حـق الارتفـاق ، فلا يحتاج إلى قبول من صاحب العقار المرتفق به[١]. وإنما ينتج أثره بإعلانه لصاحب العقار المرتفق به [٢].

والتـنازل الصـريح هـو الذى يصدر من صاحبه فى عبارة واضحة تدل على ذلك ولاتحتمل التأويل .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" التـنازل الصـريح هـو الذى يصدر من صاحبه فى عبارة واضـحة تدل على ذلك ولاتحتمل التأويل . وإذ كانت العبارة التى وردت فى عقد شراء سلف الطاعن من أن العقار خال من أى حق من حقوق الارتفاق لم تصدر من سلف المطعون ضده- مدعى حق الارتفـاق – وكل ما يمكن نسبته إلى ذلك السلف فى هذا الصدد أنه

---

(١) اسماعيل غانم ص ٣٩- محمد كامل مرسى ص ٤٥٢ .

(٢) السنهورى ص ١٨٩٣ .

وقع كشاهد على العقد المتضمن لها ، دون إجازة صريحة لما ورد فـيه وهـذا لايعنى أنه قد تنازل صراحة عن حق الارتفاق المقرر لمنزله على العقار موضوع العقد ، وكان التنازل الضمنى عن حق الارتفـاق قد نفاه الحكم – بما له من سلطة تقديرية فى استخلاص القرائـن مـتى كان استخلاصه سائغا بما قاله من أن عدم اعتراض سـلف المطعون ضده على تعدى الطاعن لايسقط حقه ، وأن ليس فى الأوراق ما يفيد تنازله عن هذا الحق ، وهو منه سائغ ومقبول ، فإن النعى عليه بالخطأ فى تطبيق القانون يكون على غير أساس".

(طعن رقم ١٢٨ لسنة ٤٠ ق جلسة ١٩٧٥/١/٨)

ويكـون التـنازل ضمنيا إذا أذن مالك العقار المرتفق بعبارات صريحة مالك العقار المرتفق به فى أن يقيم بصفة دائمة أعمالا من شأنها أن تعوق استعمال حق الارتفاق ، أو إذا اشترك معه فى إقامة هـذه الأعمال . ولكن مجرد ترك مالك العقار المرتفق به يقيم مثل هـذه الأعمـال مـن غير احتجاج من مالك العقار المرتفق لايمكن تفسـيره بأنه نزول ضمنى عن الارتفاق ، ولاينقضى حق الارتفاق إلا إذا مضت المدة القانونية لسقوط الحق بعدم الاستعمال .

وإذا أقـام صـاحب حـق الارتفاق على عقاره أعمالا تخالف اسـتعمال الارتفاق فإن مجرد القيام بذلك لايعتبر نزولا ضمنيا عن الارتفاق .

ورضـــاء مالك العقار المرتفق به ببيع العقار المرتفق لايكفى لاستنتاج النزول .

والنزول عن حق الارتفاق قد يكون عن كل الحق أو عن بعضه فقط ، فيكون الانقضاء تاما أو جزئيا على حسب الأحوال [(١)].

ويعتبر من قبيل النزول الضمنى أن يشهد صاحب حق الارتفاق علـــى عقــد بيع واقع على العقار المرتفق به ، إذا ورد فى شروط البـــيع أن العقـــار المبيع خال من أى حق ارتفاق ، وذلك دون أن يتحفظ صاحب حق الارتفاق [(٢)].

ويمكن استخلاص النزول الضمنى من العقود التبادلية .

وقد أوضحت ذلك محكمة النقض بقولها :

١- " إن التـــنازل عن حقوق الارتفاق كما يكون صريحا يجوز أن يكـــون ضمنيا ، إذ القانون لم يشترط لتحققه صورة معينة ، فإذا استخلصـــت المحكمـــة هذا التنازل من أن الجار الذى يطالب جاره باحـــترام عقد شرائه وقيوده قد خالف هو الآخر شروط عقد شرائه وقيوده كما خالفها كثير من سكان هذا الحى مما يقوم معه العذر فى الاعتقاد بسقوط تلك الحقوق ، فإنها تكون قد استخلصت هذا التنازل

---

(١) محمد كامل مرسى ص ٤٥٣ .

(٢) السنهورى ص ١٨٩٢ .

استخلاصـــا ســـائغا مـــن وقائع تؤدى إليه ، ولا يكون على حكمها معقب فى ذلك لتعلقه بأمر موضوعى " .

(طعن رقم ٧٠ لسنة ١٢ ق جلسة ١٩٤٣/٤/٢٢)

٢- " فى حقوق الارتفاق التبادلية يكون سبب التزام مالك العقار باحـــترام حق الارتفاق المقرر على عقاره لمصلحة عقار آخر هو الـــتزام مـــالك هـــذا العقار الآخر باحترام الارتفاق المقابل المقرر لمصلحة مالك العقار الأول فإذا خرج أيهما عن الالتزام المفروض علـــيه وخـــالف شروط عقده أو قيوده فإنه يكون قد أسقط حقه فى إلزام جاره مالك العقار الآخر بتنفيذ التزامه الذى يغدو بلا سبب" .

(طعن رقم ٣٧٤ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٥/٤/٢٩)

وإذا استخلصـــت محكمة الموضوع التنازل الضمنى استخلاصا ســـائغا مـــن مقدمات تؤدى إلى النتيجة التى انتهت إليها فلا معقب عليها فى ذلك لتعلقه بتقدير موضوعى من سلطتها المطلقة .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" التنازل عن حقوق الارتفاق كما يكون صريحا يجوز أن يكون ضـــمنيا إذ القـــانون لـــم يشترط لتحققه صورة معينة . فمتى كانت المحكمـــة قد استخلصت هذا التنازل الضمنى استخلاصا سائغا من مقدمات تؤدى إلى النتيجة التى انتهت إليها فلا معقب عليها فى ذلك لتعلقه بتقدير موضوعى من سلطتها المطلقة " .

(طعن رقم ٤٨٤ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٤/٥/٢٨)

والتنازل سواء كان صريحا أو ضمنيا يعتبر ملزما للمتنازل بما يمـــنعه من توجيه طلبات إلى المتنازل إليه تنطوى على إنكار لهذا التـــنازل. ولايغـــير من ذلك أن يكون التنازل مما يجب تسجيله إذ لايترتـــب علـــى عـــدم التســـجيل سوى تراخى زوال الحق العينى المتنازل عنه .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" التنازل سواء كان صريحا أو ضمنيا يعتبر ملزما للمتنازل بما يمـــنعه من توجيه طلبات إلى المتنازل إليه تنطوى على إنكار لهذا التـــنازل . ولايغـــير من ذلك أن يكون التنازل مما يجب تسجيله إذ لايترتـــب علـــى عـــدم التســـجيل سوى تراخى زوال الحق العينى المتنازل عنه . فإذا كان الطاعنان قد أقاما دعواهما بطلب تعويض عـــن مخالفة المطعون عليه لقيود البناء وذلك بعد أن كانا قد تنازلا عن هذه القيود ضمنيا – على ما حصله الحكم المطعون فيه – مما يعتـــبر معه هذا الطلب إنكارا منهما للتنازل الصادر من جانبيهما ، فـــإن الحكـــم المطعـــون فيه إذ اعتد بهذا التنازل ورتب عليه آثاره لايكون مخالفا للقانون " .

(طعن رقم ٤٨٤ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٤/٥/٢٨)

ولايحــتج بالــنزول على من يكون قد كسب حقوقا عينية على العقار المرتفق إلا بتسجيل العقد الذى يثبت النزول [١].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

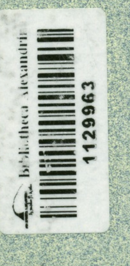
" لايــتم التنازل عن حق الارتفاق وفقا للقانون إلا إذا كان هذا التنازل قد حصل شهره وفقا لقانون الشهر العقارى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ الــذى حصــل التنازل وقت سريانه ، وإذن فإنه يكون غير منــتج الــنعى علــى الحكم بعدم الاعتداد بتنازل المشترى عن حق الارتفــاق المقرر للعين المشفوع بها متى كان هذا التنازل لم يشهر سواء حصل قبل رفع دعوى الشفعة أم بعد رفعها ".

(طعن رقم ١١٧ لسنة ٢٢ ق جلسة ١٩٥٥/١١/١٧)

---

(١) محمــد كامل مرسى ص ٤٥٣- اسماعيل غانم ص ٣٩ - السنهورى ص ١٨٩٣ .

محتويات الكتاب


bibliotheca alexandrina
1129963